الوجيز

فى

الألتزامـــات

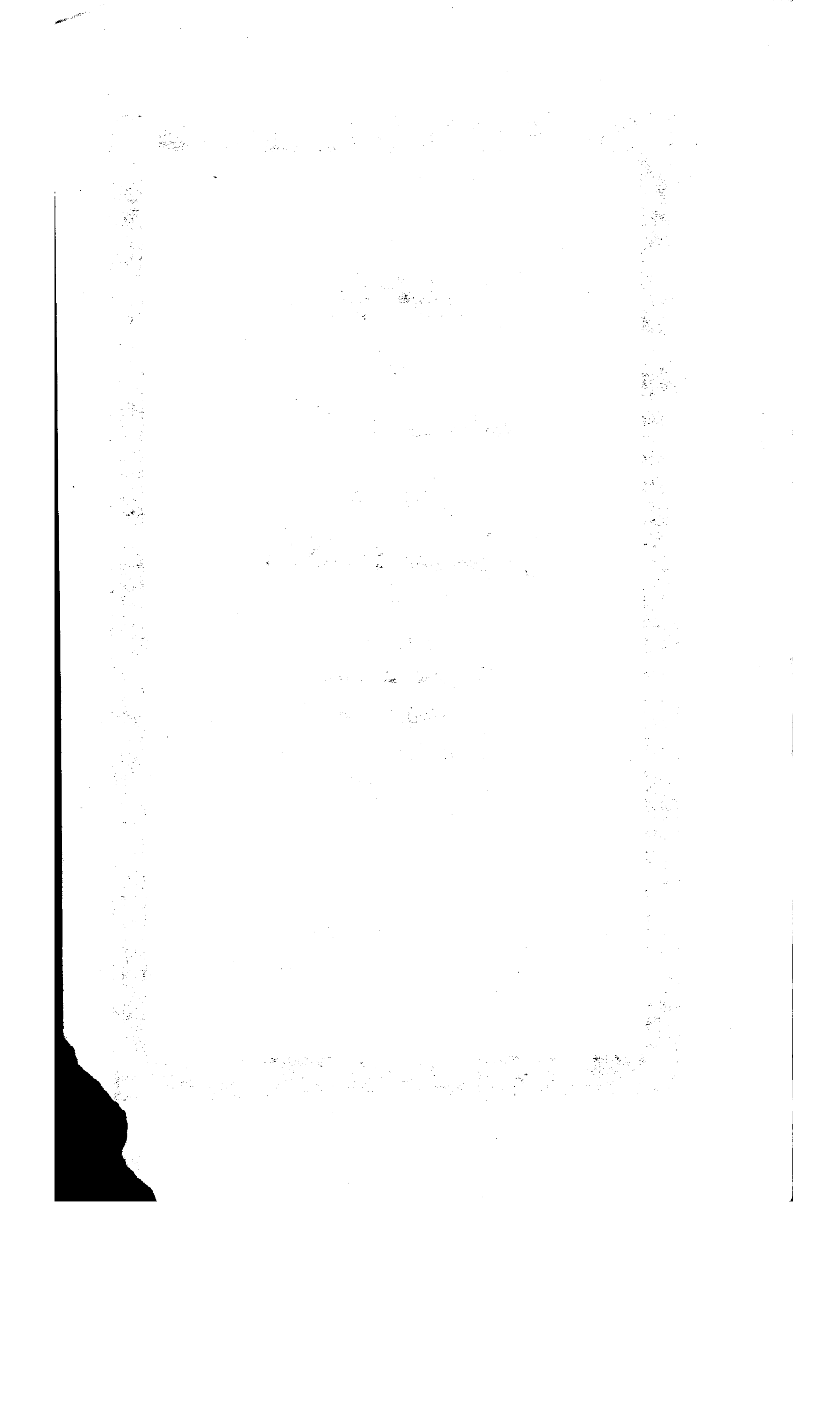
الجزء الثاني

أحكام الإلتـــزام

الأستاذ الدكتور
رأفت محمد أحمد حماد
أستاذ القانون المدنى
وعميد كلية الشريعة بالقانون (سابقاً)
جامعة الأزهر - فرع دمنهور

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبدالخالق ثروت - القاهرة

٢٠٠٥/٢٠٠٦



مقدمة

- للالتزام مصادر متعددة وهي: العقد، الارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلاسبب، وأثر كل من هذه الالتزامات هو وجوب تنفيذها. وللدائن في سبيل ذلك أن يطالب مدينه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وهو الأصل في تنفيذ الالتزام. وان استحال ذلك أو كان في ذلك ارهاق للمدين فله أن يطالبه بالتعويض، هذا مايسمي بالتنفيذ بمقابل.

غير أنه قد يلحق بالالتزام وصف معين يغير من آثارة وهو مايسمي "بأوصاف الالتزام" وقد ينتقل الالتزام الي غير أطرافه الأصليين أي من دائن الي وهذا مايسمي "بحوالة الحق" وقد ينتقل من مدين الي مدين وهو مايسمي "بحوالة الدين"، وهو مايطلق عليهما "انتقال الالتزام"، وأخيراً ينقضي الالتزام سواء بالوفاء أو الأبراء أو بغيره وهو ما يطلق عليه "انقضاء الالتزام".

وسوف نقسم دراستنا الي أربع أبواب:

ندرس في الأول: آثار الالتزام ونتحدث فيه عن التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل والضمانات التي أوجدها القانون للدائن للحصول علي حقه من مدنية ونمهد لذلك بالتحدث عن الالتزام الطبيعي والالتزام المدني في باب تمهيدي.

أما الثاني: أوصاف الالتزام.

والثالث: انتقال الالتزام.

وأخيراً الرابع: انقضاء الالتزام.

الباب التمهيدي

- **تقسيم:** عمد واضعو التقنين المدني الجديد وهم في مستهل بيان الأحكام الخاصة بآثار الالتزام الي التمييز بين كل من الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، فالأول لايجبر فيه المدين علي التنفيذ، ويجبر في الثاني علي التنفيذ.

وسوف نبدأ أولا بدراسة الالتزام المدني، ثم نلي ذلك بدراسة الالتزام الطبيعي.

الفصل الأول

الالتزام المدني "obligation civile"

- **أن الالتزام المدني هو الصورة المألوفة من صور الالتزام**. وعندما تذكر كلمة "التزام" فقط فانها تعني الالتزام المدني لاالطبيعي.

- **ان رابطة الالتـــزام المدني**: تتـحلل الي عنصـرين همـا المديونـــيـة Le,Devoir والمسئولية "Engagement" حيث يتضح لنا ذلك من نص المادة ١/١٩٩ مدني علي أنه يُنفذ الالتزام جبراً علي المدين ومعني هذا أن المديونية توجب علي المدين القيام بالوفاء بما عليه من دين، فاذا قام المدين بالوفاء بأختياره انقضت المديوينة، واذا لم يوف بما عليه ظهر عنصر المسئولية، والذي بموجبة يستطيع الدائن أن يجبر المدين علي الوفاء طبقاً لنص المادة المذكور (التنفيذ القهري).

- **أما الالتزام الطبيعي**: obligation Naturelle فيشتمل فقط علي عنصر المديونية دون عنصر المسئولية حيث لنا ذلك من نص المادة ٢/١٩٩ علي إنه "...... ٢- ومع ذلك اذا كان الالتـزام طبيـعيـاً فلاجبر في تنفيذه". ومن النص المذكور نجد أن الالتزام الطبيعي لايحتوي الا علي عنصر المديونية. فالمدين بالتزام طبيعي مدين، لافي حكم الضمير فحسب، بلي أيضاً في حكم القانون، أما اذا لم يقم المدين بالالتزام الطبيعي بالوفاء به اختيارا فلايستطيع احدا جبره علي الوفاء لأن عنصر المسئولية قد انفصل عنه. وعلي ذلك نجد أن الالتزام الطبيـعي هو وسط في المرتبه بين الالتزام المدني والواجب الأدبي. أي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتي

قارب أن يكون التزاما مدنيا. أي هو أعلي من مجرد الواجب الأدبي وأدني مرتبه من القانون(١).

- **التنفيذ القهري(٢):**

الأصل أن يتم تنفيذ الالتزامات بذاتها أي عينا أختيارا، ويسمي التنفيذ العيني الأختياري(٣) أما أذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته اختيارا فأنه يجبر علي هذا التنفيذ متي كان ممكنا. هذا هو "التنفيذ العيني الجبري أو القهري" (م ١/١٩٩).

** الاصل في التنفيذ القهري أن يكون عينياً أي عين مالتزم به المدين، واذا لم يتمكن المدين من تنفيذ التزامه عينا بسبب استحاله ذلك فان الدائن يقتصر علي الحصول علي مقابل لما التزم به المدين أي.. التعويض.

** الأصل في التنفيذ العيني أو بمقابل أنه لايقع إلا علي أموال المدين (م ١/٢٣٤) وتقوم السلطة العامة بالتنفيذ القهري ووسيلتها في ذلك المحضرين تحت أشراف القضاء.

** ويشترط للتنفيذ القهري بواسطة المحضرين أن يكون الحق الخاص بالدائن محقق الوجود أي لايوجد فيه نزاع، وأن يكون الحق معلوم المقدار حال الأداء، وثابت في سند تنفيذي مثل الأحكام القابله للتنفيذ (حكم نهائي) أو مشمول بالنفاذ المعجل أو

---

(١) انظر د/ عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني جـ٢، المجلد الثاني فقرة ٣٨٧ ص ٩٤٩ ومابعدها طبعة ١٩٨٢م.

(٢) أنظر د/ أسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص٣ ومابعدها ط ١٩٦٧م.

(٣) أنظر في القانون المدني المصري: الفصل الاول من الباب الخامس من الكتاب الاول الخاص بالتزامات أو الحقوق الشخصية.

أوامر الاداء أو المحررات الموثقة (م ٤٥٧ مرافعات).

** وخلاصة القول أنه يمكن التمييز بين الالتزام الطبيعي، الالتزام المدني بأن الأول: لايجبر في تنفيذه [١] لعدم اشتماله علي عنصر المسئولية واشتماله فقط علي عنصر المديونية. أما الثاني فيجبر المدين فيه علي التنفيذ لاشتماله بالاضافة الي عنصر المديونية علي عنصر المسئولية التي تتيح للدائن اجبار المدين علي تنفيذ ماالتزم به.

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنه ١٩٢٠ ٣٢ ص ٣٢٧.

الفصل الثاني

الالتزام الطبيعي "obligation Naturelle"

- **النصوص القانونية:**

تنص المادة ١٩٩[١]. **من التقنين المدني على ما يأتي:**

١) "ينفذ الالتزام جبراً على المدين".

٢) "ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه"

ولم يرد في نصوص القانون المدني المصري تحديد دقيق لحالات الالتزام الطبيعي بل جاء نص المادة ٢٠٠ مدني عاما حيث تنص هذه المادة علي أنه "يقدر القاضي عند عدم وجود النص، ما اذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لايجوز ان يقوم الالتزام طبيعي يخالف النظام العام"[٢].

فالالتزام الطبيعي وسط في المرتبه بين الالتزام المدني والواجب الأدبي[٣] فهو أعلي من مجرد الواجب الأدبي وأدني مرتبه من الواجب القانوني لأن الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة القانون، فيعترف به القانون الي مدي معين وهذا المدي الذي يقف عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري. فالدائن بالتزام

---

(١) يقابل في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠ والليبي م ٢٠٢ والكويتي م ٢٨٠، الاردني م ٣١٣.

(٢) قضت محكمة النقض في جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ م طعن رقم ٦ سنة ٢٢ق بأنه "يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعياً أن لايكون مخالفاً للنظام العام، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لايختلف عنه أي التزام طبيعي ..." م ٢٠٠ مدني مصري".

(٣) انظر السنهوري – الوسيط – المجلد الثاني " آثار الالتزام ص ٩٤٩ بند ٣٨٧ ط ١٩٨٢م

طبيعي لايستطيع أجبار المدين علي تنفيذ التزامه واذا قام المدين بتنفيذ التزامه باختياره، قاصدا أن يوف بالالتزام الطبيعي أي كان يعلم أن القانون لايجبره علي التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدي الي الدائن مايحس أن ضميره يازمه بأدائه. فإنه لايستطيع بعد ذلك أن يسترد ماوفاه (م ٢٠١ مدني) ذلك أنه وفي بما كان عليه أن يوفي به، ومادفعه ليس هبه يجوز له بعد ذلك الرجوع فيها.

- حالات الالتزام الطبيعي:

نصت م ٢٠٠ مدني علي أنه " يقدر القاضي عند عدم النص، ماإذا كان هناك الالتزام طبيعي، وفي كل حال لايجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام".

والنص السابق يوضح لنا أن الالتزام الطبيعي قد يقوم بناء علي نص قانوني وقد يقوم بناء علي السلطة التقديرية للقاضي في حالة عدم وجود نص.

أولاً: الحالات التي ينص عليها القانون:

قد ينص القانون علي وجود التزام طبيعي في بعض الحالات ومثال ذلك ماتنص عليه المادة ٣٨٦ مدني من أنه "يترتب علي التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي "فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الالتزام، ويتخلف في ذمة المدين المتمسك بالتقادم، مع ذلك التزام طبيعي.

ثانياً: حالة عدم وجود نص - ترك الأمر للقاضي(١):

من نص المادة ٢٠٠ مدني مصري نجد أن للقاضي سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعي من عدمه إلا أن سلطة القاضي في

---

(١) انظر د/ جلال العدوي رابطة الالتزام ص٣٦- السنهوري الوسيط ص٩٥٩ بند ٣٩٢.

التقديـر ليست مطلقة بل هـي مقـيده بعناصـر الالتـزام الطبـيعي الثلاثـة:

(أ) ضرورة قيام القاضي بالتحقيق من قيام واجب أدبي محدد، وهذا الواجب الأدبي أما أن يكون التزاما مدنياً حالت عقبه دون أن يرتب آثاره فأنقلب الي إلتزاما طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره أو أن يكون من الأصل واجباً أدبياً وهذا العنصر هو مايسمي بالعنصر المادي.

(ب) احسـاس المدين أن في ذمته التزاماً أدبياً يرقي في وعي الجماعة الي مـرتبـة الالتـزام الطبـيـعي، أي علي وجـوب الوفـاء به إرضـاءً للضـمـيـر والشرف والمعـيـار هـنا مـعـيـار مـوضـوعي يدخـل فـيـه الاعتبـار المألوف عـند النـاس حسب ظروف الجماعة وتطورها أن مـثل هذا الواجب مما ينبـغـي أمـام الضـمـيـر أن يـؤدي ونـري أن المعـيار في هـذا العنصر معيـار موضوعي وليس ذاتيـاً.

ومن أمـثلة الواجـبـات الأدبية التي ترقي الي مرتبـة الالتـزام الطبيعي التزام الشخص بتعويض آخر عن الضرر غير المباشر الذي لحق به من جراء خطأ وقع منه، والتزام الشـخص بالانفـاق علي الاقـارب الذين لاتلزمه نفقـتهـم قانوناً والتزام الأب بتجـهـيز ابنته [(١)].

(جـ) عـدم التـعـارض مـع النظام العـام (م ٢٠٠ مـدني) ومـن أمـثلة ذلـك:

١) اذا اتفق المتعاقدان علي سعر للفوائد يزيد علي ٧٪، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده، فإن مادفعه من

---

(١) انظر د/ محمد حسين منصور- أحكام الالتزام ص٤٢٤ ومابعدها

الفوائد زائد علي ٧٪ لايجوز مع ذلك أن يكون التزاما طبيعياً، اذ هو يتعارض مع النظام العام، ويكون للمدين الحق في استرداد مادفع من ذلك وهذا ماقضت به الفقرة الأولي من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني "... فاذا اتفقا علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها الي ٧٪، ويتعين رد مادفع زائداً علي هذا القدر".

٢) اذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ثم وفي ماخسره محسا أنه انما يوفي ديناً واجباً في ذمته فإن هذه الخسارة لايجوز أن تكون التزاما طبيعياً اذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام. وإذا وفاة المدين جاز له استرداده (م ٢/٧٣٩ مدني مصري).

- والقاضي وهو يحدد ذلك أنما يفصل في مسألة واقع ومسألة قانون وهو لايخضع بالنسبة للاولي لرقابة محكمة النقض، في حين يخضع بالنسبة للثانية لرقابة هذه المحكمة.

أما عن مسألة الواقع، فلا تخرج عن كونها تحصيل الوقائع الثابتة ممايقدم له من أوراق، وأدلة، ومستندات.

وأما عن مسألة القانون، فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي، وتكييف هذه العناصر، واعطائها الوصف القانوني الصحيح.

ويذهب جانب من الفقه في مصر في هذا الخصوص الي القول بأن عمل القاضي هنا أقرب الي التشريع، اذ هو الذي

يقدر عند عدم وجود نص ما اذا كان هناك التزام طبيعي أم لا[1].

- الآثار التي تترتب علي الالتزام الطبيعي:

يترتب علي الالتزام الطبيعي أثران أما **الاول**: فنصت عليه المادة ٢٠١ مدني والتي تنص علي أنه "لايسترد المدين ما أداه باختياره، قاصداً أن يوفي التزاما طبيعياً" وأما **الثاني**: فقد نصت عليه م٢٠٢ مدني بقولها "الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني".

(أ) جواز الوفاء اختيارا بالالتزام الطبيعي:

يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعي، ولايجوز للمدين أن يسترد ما وفي به ويجب لصحة هذا أن يصدر عن بينه ولايشوبه غلط أو تدليس، وعن أختيار فلا يكون نتيجة اكراه أما اذا قام بالوفاء معتقداً أنه يفي بالتزام مدني أو معتقداً جواز جبره علي تنفيذ الالتزام الطبيعي أو كان قد اكره علي الوفاء به جاز له استرداد مادفع، ويجب فضلاً عن ذلك أن يكون المدين. قاصداً أن يوفي التزاما طبيعياً[2].

(ب) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لانشاء التزام مدني:

قد لايوفي المدين بالالتزام الطبيعي ولكنه يعد الدائن فقط بالوفاء به فاذا كان هذا الوعد بالوفاء قد صدر عن بينه واختيار، فان هذا الوعد يصبح ملزما للمدين، ويصلح بذلك الالتزام الطبيعي بأن يكون سبباً لانشاء التزام مدني، ولايكفي لذلك اعتراف المدين أن دينا ما

---

(١) بلانيول وربير ورودان، الجزء السابع فقرة ٩٨٤- د/ السنهوري، الوسيط جـ٢، الاثبات آثار الالتزام فقره ٣٨٩ ص ٩٥٢ ط ١٩٨٢م.

(٢) انظر د/ جمال الدين ذكي نظرية الالتزام في القانون المدني المصري جـ٢ أحكام الالتزام.

يوجـد فـي ذمـتـه، بل يشـتـرط انصـراف ارادته عن بينه واخـتـيـار الي الوفـاء به[١].

** وتقتصر آثار الالتزام الطبيعي علي الأثرين المذكورين سابقاً. الا أنه لاتجوز المقاصة بين التزام طبيعي والتزام مدني، لأن المقاصة تتضمن وفاء اجبارياً للمدين أي أن المقاصة نوع من الوفاء يقع بقوة القانون. أي جبراً علي المدين، ومن ثم فانها لاتجوز بين دين طبيعي وآخر مدني.

** ولذلك لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعي، لأنه يترتب علي الكفالة اجبار المدين علي التنفيذ اذا لم يقم بالوفاء باختياره[٢].

** وبعد أن تناولنا الالتزام المدني والالتزام الطبيعي في باب تمهيدي نتناول دراسة أثار الالتزام وتشتمل هذه الدراسة علي التنفيذ العيني للالتزام، والتنفيذ بمقابل، والوسائل التي وضعها القانون تحت يد الدائن بغية المحافظة علي الضمان العام المقرر له علي أموال المدين وسوف نبدأ الآن بدراسة هذه الموضوعات علي التوالي ثم نلي بدراسة أوصاف الالتزام، وانتقاله ثم انقضاءه.

---

(١) قضت محكمة النقض في جلستها بتاريخ ١٩٥٥/١/٢٠م س ٦ص ٥٢٩ بأنه اذا حصل المفلس علي حكم برد اعتباره بناء علي تقرير من دائنه بأنه لم يوف به وانما استبدل به دين آخر، فليس في هذا ما يجعل الالتزام باطلا ذلك لأن سبب الدين الحديد موضوع السند هو الدين القديم...

(٢) كان المشروع التمهيدي ينص في المادة ٢٧٨ منه علي أنه "لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية مادام التزاما طبيعياً" وقد حذفت هذه الفقرة لجنة المراجعة لامكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في عقد الكفالة (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٣ ص٥٠٢- انظر السنهوري في الوجيز فقرة ٧٨- د سليمان .

الباب الأول
آثار الالتزام
التنفيذ العيني - التنفيذ بمقابل وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين

تمهيد:

ذكرنا أن الأصل في تنفيذ الالتـزام هو أن ينفذ المدين التـزامـه تنفيذاً عينياً[(١)] فإن استحال ذلك أو كان مرهقا للمدين أو إتفق الدائن والمدين علي التـعـويض صـراحـة أو ضـمـنا تحـول التـزام المدين الي مـايسمي بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض وبشرط عدم الحاق ضرر جسيم بالدائن[(٢)].

ويستوي في ذلك الا ينفذ المدين أصلا التزاماته المتولده في العقد - ان كان العقد هو مصدر الالتزام أو أن ينفذ المدين التزامه تنفيذا معيبا. وكذلك فقد كفل القانون للدائن عدة وسائل يقصد منها المحافظة علي الأموال الخاصة بمدينة حتي يتسني بعد ذلك للدائن اقتضاء حقه. ونتناول كل هذه الوسائل علي النحو التالي:

---

(١) نقض مـدني جلسـه ١٩٨٦/٦/٣م طعن رقم ٢٠٥ سنة ٥٣ ق منشور القضاء السنة ٢١ العدد الاول سنة ١٩٨٨م.

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٨٧/٢/١٨م طعن رقم ٧٢١ سنة ٥٣ق حيث قضت "بأن الاصل في تنفيذ الالتزام عينيا الاستعاضة عنه بالتعويض بشرط إستحالة التنفيذ العيني أو اتفاق الدائن والمدين علي التعويض صراحة أو ضمنا- المادتان ١/٢٠٣، ٢١٥ مدني". نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٢/١ طعن رقم ٢٠٧ سنه ٣١ق ص١٧ ص٢٢١.

الفصل الأول

التنفيذ العيني

"Execution en nature- Execution directe"

- النصوص القانونية:

* تنص المادة ٢٠٣ مدني مصري علي:

١) يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ علي تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متي كان ذلك ممكناً.

٢) علي أنه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر علي دفع تعويض نقدي. اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

*** أثر الالتزام وأثر العقد:**

أثر العقد هو انشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انقضاؤه، أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه، وقد حرص المشرع علي هذا التمييز حيث خص آثار العقد - كمصدر للالتزام بالمواد ١٤٥ ومابعدها ثم خص أثر الالتزام بغض النظر عن مصدره بالمواد ٢٠٣ ومابعدها.

- معني التنفيذ العيني:

* يراد به قيام المدين بتنفيذ ماالتزم به وهو الأصل ولايجوز العدول عنه مادام ممكنا الي التعويض الا بتراضي الطرفين (الدائن والمدين).

* فالأصل هو التنفيذ العيني مادام ممكنا ويحق للدائن مطالبة المدين به ولايجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ. كما لايحق للدائن أن يرفض قيام المدين بتنفيذ التزامه عينا اذا عرض عليه ذلك.

ومن الأمثلة التطبيقية للتنفيذ العيني:

مانصت عليه المادة ٤٤٠ من أنه "اذا رفعت علي المشتري دعوي باستحقاق المبيع وأخطربها البائع ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوي الي جانب المشتري أو أن يحل فيها محله. فاذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوي وجب عليه الضمان الا اذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوي كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه...."

** وبناء علي نص هذه المادة أنه اذا رفعت دعوي علي المشتري باستحقاق المبيع فانه يجب عليه أن يخطر بها البائع لكي يتدخل في الدعوي ويرد علي ادعاءات المدعي فترفض دعواه. ويكون البائع بذلك قد نفذ التزامه عينا واذا لم يخطر المشتري البائع لدفع هذا التعرض، فأن هذا المشتري يفقد بعد ذلك حقه في الرجوع علي البائع بدعوي ضمان الاستحقاق (م٤٤٣ مدني). اذا أثبت البائع أنه لو أخطر بالدعوي في وقت ملائم وتدخل فيها لأمكنه منع هذا التعرض.

- **التمييز بين التنفيذ العيني والتنفيذ الجبري:**

الأصل أن يلتزم المدين بتنفيذ التزامه عينيا ويقصد بذلك أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، فاذا استحال ذلك التزم مقابل ذلك بتعويض المدين عن الاضرار التي لحقته من جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام وهو مايعرف بالتنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض. والأصل أن يتم تنفيذ الالتزام عينا أو بطريق التعويض اختيارا أي من تلقاء نفسه فأن تخلف عن القيام بذلك أجبر عليه بواسطة السلطة العامة علي النحو الذي رسمه قانون المرافعات وهو مايعرف بالتنفيذ الجبري، ويتضح من ذلك

أن التنفيذ الجبري يقابل التنفيذ الاختياري وهو يرد علي التنفيذ العيني كما يرد علي التنفيذ بطريق التعويض[١].

- شروط التنفيذ العيني[٢]:

يجب لكي تقضي المحكمة بإجابه الدائن الي طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا أن تتوافر الشروط الآتيه:

١) أن يقوم الدائن باعذار المدين:

والإعذار هو التنبيه علي المدين بالوفاء فقد يتقدم المدين بالتنفيذ العيني ومن ثم لايتحمل الدائن فائده الا مصاريف الاعذار. أما أن اقام دعواه وتقدم المدين بالتنفيذ العيني فإن الدائن في هذه الحاله يتحمل مصاريف دعواه. لأن اعلان المدين بصحيفتها يمثل اعذارا له بالوفاء وقد وفي[٣].

٢) أن يكون التنفيذ العيني ممكنا:

ويرجع امكان التنفيذ الي طبيعة الالتزام ذاته وما اذا كانت توجد وسيلة يجبر المدين بمقتضاها علي تنفيذ التزامه، فان كانت طبيعة الالتزام تسمح بتنفيذ الالتزام وتوفرت الوسيلة الي ذلك كان التنفيذ

---

(١) السنهوري الوسيط جـ٢ بند ٣٨١، ٣٨٢، د/ جمال زكي نظرية الالتزام بند ٣٦٤- (نقض مدني بتاريخ ١٩٧٧/٥/١٠م في الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ق- منقض- م- ٢٨- ١١٥٨)

(٢) أنظر د/ السنهوري المرجع السابق ص٩٩٢ ومابعدها بند ٤٠٧، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص١٠ ومابعدها- انظر د/ محمد عمران- الوجيز في آثار الالتزام ص١٥ ومابعدها- د/ عبد الرازق فرج النظرية العامة للالتزام الكتاب الثاني أحكام الالتزام ص١٥ . ١٦- د/ جمال زكي نظرية الالتزام في القانون المدني المصري جـ٢ احكام الالتزام بند ٣٧٤.

(٣) انظر في احكام الاعذار المواد (٢١٨- ٢٢٠).

العيني ممكنا، كما في الالتزام بنقل حق عيني وفقا للمادتين ٢٠٤، ٢٠٥ مدني وفي الالتزام الذي يقوم فيه حكم القاضي مقام التنفيذ كما في الحكم بصحة التعاقد وفقا للمادة ٢١٠ مدني فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضي.

* وفي الالتزام بالامتناع عن عمل يصبح التنفيذ العيني مستحيلا أي غير ممكنا اذا قام المدين بالعمل الممنوع عنه.

* وفي الالتزام بالعمل: يصبح التنفيذ العيني غير ممكنا أي مستحيلا اذا أنعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل. كما في الالتزام بتقديم حساب اذا أهلك المدين المستندات التي سيبني الحساب عليها، وفي التزام أمين النقل بالتسليم في مكان الوصول اذا هلكت البضاعة التي عهد اليه بنقلها، أو كان الالتزام مما ينبغي تنفيذه في مده معينه وفوت المدين هذه المده، ومثال ذلك تعهد محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف[١].

– وقد نصت محكمة النقض بأنه لاضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين[٢]. وخلاصة القول أنه لايجوز التكليف بمستحيل اذا كانت الاستحالة بفعل المدين فانه يلتزم بالتعويض عن عدم التنفيذ. أما اذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لايد للمدين فيه فإنه لايلتزم بالتعويض وينقضي التزامه (م ٣٧٣).

٣) الا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين (٢/٢٠٣):

قد لايكون التنفيذ العيني مستحيلا، ولكنه يكون مرهقا للمدين فقط أي يترتب علي تنفيذ الالتزام عينيا حدوث ضرراً فادح للمدين لايتناسب

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص١١ ـ ١٢.

(٢) نقض مدني بتاريخ ١٩/١٢/١٩٧٨م في الطعن رقم ٨٦ لسنة ٤٦ق.

مع مايلحق الدائن من ضرر في حالة التخلف عن التنفيذ العيني. ففي هذه الحالة يجب علي الدائن أن يلجأ الي التعويض بدلا من التنفيذ العيني. فاذا أصر الدائن علي استعمال حقه في.. التنفيذ العيني. فانه يكون متعسفاً، وذلك تطبيقا للمادة (٤/ب مدني[١]) وهذا الشرط نصت عليه المادة (٢/٢٠٣ مدني).

- ولايكفي أن يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين فقط، بل يجب بالاضافة الي ذلك الا يترتب علي العدول الي التنفيذ العيني أن يلحق بالدائن ضررا جسيما فالامر مرجعة الي التوفيق بين مصلحتي كل من الدائن والمدين فاذا أمكن تفادي ارهاق المدين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن، جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني مثال ذلك أن يلتزم مشتري بألا يتجاوز مساحة معينة فيما يبنيه علي الارض المشتراه.

فيتجاوز تلك المساحة تجاوزا يسيرا، فلايكون للدائن أن يتمسك بوجوب هدم الجزء الزائد ويقتصر حقه علي التعويض النقدي.

أما اذا كان التنفيذ العيني لايترتب عليه ارهاق شديد للمدين أو ترتب عليه هذا الارهاق ولكن العدول عنه الي التعويض يلحق بالدائن ضررا جسيما. وجب الرجوع الي الأصل وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض.

---

(١) أنظر د/ عبد الرازق السنهوري المرجع السابق ص٩٩٨ فقرة ٤١٠، د/ اسماعيل غانم- أحكام الالتزام ص١٥ ومابعدها فقرة٧.

- نقض مدني بتاريخ ١٩٧٧/٣/٣٠م في الطعن رقم ٥٦٥، ٥٧٠ سنة ٤٣ق م نقض م- ٢٨- ٨٦٥.

٤) ألا يكون في التنفيذ العيني مساسا بحرية المدين الشخصية:

ففي بعض الحالات يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين شخصياً، ففي هذه الحالة لايمكن اجباره مباشرة علي التنفيذ لأن الاجبار يكون غير منتج وفيه حجر علي حريته الشخصية. فالتزام فنان برسم لوحة معينة لايمكن تنفيذه بالاكراه، ولكن يمكن الضغط علي ارادته بوسيلة غير مباشرة لحمله علي تنفيذ التزامه عينيا عن طريق الغرامة التهديدية.

٥) أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين:

اذ يمتنع علي الدائن أن يطلب التعويض مع عرض المدين التنفيذ العيني الممكن، كما يمتنع علي المدين الاكتفاء بالتعويض مع طلب الدائن التنفيذ العيني الممكن، أما اذا طلب الدائن التعويض بدلا من التنفيذ العيني الممكن ولم يعترض المدين ولم يعرض القيام بالتنفيذ العيني كان ذلك اتفاقا ضمنيا بينهما علي الاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العيني، ويتضح من ذلك أن التعويض ليس التزاما تخيريا أو بدليا للتفيذ العيني ويترتب علي ذلك أن تبقي للالتزام بالتعويض ذات الضمانات التي تكفل التنفيذ العيني.

- موضوع التنفيذ العيني[1]:

هو عين محل التنفيذ وقد يكون التزاما بنقل حق عيني (التزام باعطاء) أو قد يكون التزاما بعمل أو التزاما بامتناع عن عمل.

---

(١) انظر د/ السنهوري الوجيز ص٧٦٧ ومابعدها، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٤ ومابعدها، د/ محمد لبيب شنب أحكام الالتزام فقرة ٢١١ ومابعدها. هذا ويجوز التجمع بين التنفيذ العيني طلب التنفيذ بطريق التعويض لأنهما قسمان يتقاسمان تنفيذ الالتزام- وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٩٣/٣/٢٨ م نقض م- ١٤- ٤١٣ بأن "طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما اذا تم التنفيذ العيني متأخرا، فاذا كانت الدعوي قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها فان الطلب علي هذه الصورة ينطوي علي طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض.

أولا: الالتزام بنقل حق عيني أو انشائه:

يجب التفرقه هنا بين ما اذا كان الشئ محل التنفيذ منقولا أو عقارا.

(أ) اذا كان الشئ منقولا معينا بالذات ومملوكا للمدين:

فان الالتزام ينقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه، ولو قبل التسليم بحكم القانون فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من البائع الذي كان مالكا له الي المشتري مثلا بمجرد العقد. وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني علي ذلك بقولها أن "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

أما اذا كان الشئ معينا بنوعه أي من المثليات: فلا ينتقل الحق العيني الا بافراز هذا الشئ [1] مثل بيع مائة قنطار قطن أشموني فهنا يلزم البائع بافراز الشئ المبيع وتعيينه، ويتم هذا الافراز حتي ولو كان ذلك قبل التسليم.

فاذا لم يقم المدين (البائع) بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل علي شئ من النوع ذاته علي نفقه المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م٢٠٥/٢ مدني). كما لو كان الالتزام بتوريد أدوات طبية الي طبيب في حاجة ماسه اليها. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير أخلال في الحالتين بحقه في التعويض عما أصابه من ضرر من جراء التأخير في التنفيذ.

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٣ م ق م ٣٠٠.

(ب) اذا كان الشئ عقاراً:

– فان الحق لاينتقل الا بالتسجيل وفقا لأحكام الشهر العقاري التي أشارت اليها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٤ مدني عندما ذكرت عبارة "دون أخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري. وقد نصت المادة ٩ من قانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦م علي أن "جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب علي عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول بين ذوي الشأن ولابالنسبة الي غيرهم. ولايكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوي الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

– وعلي ذلك اذا لم يقم البائع بنقل ملكية العقار الي المشتري بمعاونته في التسجيل فإن المشتري يمكنه أن يلجأ الي المحكمة للحصول علي حكم بصحة ونفاذ عقد البيع (م ٢١٠) وهذا الحكم بمثابة تصديق

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٥/ ١٠/ ١٩٧٤م نقض م- ٥٤- ٣٤٣ بأن: دعوي صحة ونفاذ عقد البيع هي- وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة- دعوي استحقاق مالا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع الي المشتري تنفيذا عينيا والحصول علي حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، ويتعين عند الفصل فيها بحث ماعسي أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه).

يمكن بعده تسجيل البيع[١] وكالتزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين فإن لم يقم بالتقدم الي قلم الكتاب مقررا انقضاء الدين لشطب الرهن. جاز للمدين أن يستصدر حكما يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بموجبه الرهن[١].

ثانياً: الالتزام بعمل:

اذا كان محل الالتزام عملا معينا يقوم به المدين، فالأصل أن يكون تنفيذه عينا ممكنا دون تدخل شخصي منه. وانما يجوز أن يكون تنفيذه عينا غير ممكن دون تدخل المدين شخصيا فيه. كما يجوز أن تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني. وعلي ذلك يجب التمييز بين ثلاثة حالات للالتزام بالقيام بعمل:

(أ) حالة ما اذا كان يمكن تنفيذ الالتزام بعمل عينا دون تدخل المدين:

كالتزام المقاول باقامة بناء أو بشق قناة وكما في التزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية ويرجع تقدير هذه الصفة في الالتزام الي الدائن فاذا ما ارتضي تنفيذ الالتزام بغير تدخل شخصي من المدين. فأنه يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام علي نفقة المدين[٢] (م ٢٠٩/١) فيتعاقد مع مقاول مثلا لاقامة البناء الذي التزم المدين باقامته. ويرجع علي المدين بما أنفقه.

- وفي حالة الاستعجال يجوز للدائن أن ينفذ الالتزام علي نفقة المدين دون انتظار ترخيص من القضاء حيث نصت م ٢٠٩/٢ مدني علي أنه :

** في نقل الملكية، ويتعين عند الفصل فيها بحث ماعسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه.

(١) انظر الوجيز للسنهوري ص٧٧٨.

(٢) نقض مدني ٢٥ ابريل ١٩٦٣م- مجموعة أحكام النقض سنة ١٤ ع٢ ص٦١٤ رقم ٨٥.

"ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام علي نفقة المدين دون ترخيص من القضاء".

(ب) حالة ما اذا كان لايمكن تنفيذ الالتزام بعمل عينا دون تدخل المدين شخصيا فيه:

كان يكون محل الالتزام عملا معينا لايمكن انجازه بغير تدخل شخصي للمدين. فيتعين علي المدين أن يتولي أداء ما التزم به شخصيا كما اذا كان ممثلا أو مغنيا أو مصورا فاذا أمتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب منه اختيارا لايمكن قهره علي تنفيذه لأن ذلك غير مجد أو غير ملائم. وكذلك يحق للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨) وله أن يلجأ الي الغرامات التهديدية أو التعويض النقدي عند عدم اشتراط جزاء.

(ج) الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام تنفيذ المدين له:

أن طبيعة الالتزام قد تسمح بأن يقوم القاضي مقام التنفيذ مادة (٢١٠) فاذا امتنع البائع مثلا عن التصديق علي امضائه في عقد البيع ولم يتيسر التسجيل، جاز للمشتري أن يستصدر حكما بصحة التعاقد فيكون هذا الحكم بمنزله العقد وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاء عند تسجيله.

وكذلك اذا وعد شخص بابرام عقد وامتنع الواعد عن الوفاء بوعده جاز للموعود له أن يرفع دعوي أمام المحكمة يطالبه فيها بتنفيذه، فتحدد له المحكمة ميعاد للتنفيذ، فاذا لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد. فان الحكم الذي يصدر فيها يقوم مقام العقد المقصود ابرامه[1].

---

(١) نقض بتاريخ ١٩٧٨/١/١٨م ج في الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ق.

وينقسم الالتزام بعمل الي مايأتي:

(أ) التزام ببذل عناية:

وهو لايرمي الي الزام المدين بتحقيق غاية معينة وانما يقتصر علي الزامه ببذل الجهد للوصول الي الغرض، سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق، فهو التزام بعمل ولكنه عمل لايضمن المدين نتيجته وانما يقتصر علي بذل قدر معين من العناية فاذا بذل هذا القدر من العناية برئت ذمته من التزامه والمعيار في ذلك مايبذله الشخص المعتاد أي الشخص العادي حتي ولو لم يتحقق الغرض المقصود ومثال ذلك التزام الطبيب نحو مرضاه فهو ملتزم ببذل عناية الطبيب العادي في علاج مريضه ولكنه لايلتزم بشفاء المريض[١].

ومع هذا فقد يتطلب القانون من الشخص بذل عناية أكبر من عناية الشخص العادي كما في عقد العارية (م ٦٤١ مدني) وقد يتطلب القانون عناية أقل كما في الوديعة بدون أجر (م ٧٢٠ مدني). ومع ذلك لايجوز الاتفاق علي التخفيف من بذل العناية الي حد اعفاء المدين عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (م ٢/٢١٧ مدني).

(ب) التزام بتحقيق نتيجة:

في هذه الحالة يعتبر المدين قد وفي بالتزامه اذا تحققت العناية أي النتيجة التي هي محل الالتزام بغض النظر عما بذله من جهد ومثال ذلك: التزام المقاول بالبناء، والفنان برسم لوحة فنية. فان المقاول يكون قد وفي بالتزامه اذا تحققت النتيجة المرجوه من التزامه وهو رسم الصورة المطلوبة.

---

(١) نقض مدني بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١م- م نقض م- ٢٢- ١٠٦٢.

ثالثاً: الالتزام بالامتناع عن عمل:

نصت المادة (٢١٢ مدني) علي أنه "اذا التزام المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب ازاله ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الازالة علي نفقه المدين.

ومعني هذا أنه اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل فمجرد اخلاله بالتزامه يرتب مسئوليه، وبذلك يكون ملزما بأداء تعويض نقدي وقد يكون الوفاء العيني ممكنا عن طريق إزاله ماأستحدث اخلالا بالالتزام. وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر اذنا من القضاء لكي يقوم بهذه الازاله علي نفقه المدين.

ومن أمثله اخلال المدين بالتزامه الخاص بالامتناع عن عمل: حالة التزام المدين بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو بعدم البناء في جزء معين من الأرض المشتراه اذا كان عقد شراء تلك الارض يلزمه بأن يخصص جزءا منها للحديقة مثلا، فيطلب الدائن ازالة هذا البناء الزائد علي نفقة المدين[1].

ولكن اذا كان في التنفيذ العيني ارهاقا للمدين جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض بدلا من الازاله[2].

كما لايجوز للدائن في حاله الاستعجال أن يقوم بالازاله من تلقاء نفسه دون استصدار حكم بذلك بعكس حاله الالتزام باعطاء أو الالتزام.

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٠ ص ١٨، د/ السنهوري المرجع السابق فقرة ٤٣٩.

(٢) انظر في ذلك الدكتور السنهوري المرجع السابق فقرة ٤٤٠ ص١٠٤٤.

بعمل.. كما ذكرنا لأن ازاله ما وقع مخالفا للالتزام بالأمتناع عن عمل أمر لايخلو من العنف، فلا يستساغ أن يقوم به الدائن قبل أن يستصدر حكما بذلك[1].

وسائل التنفيذ العيني:

اذا أمتنع المدين عن تنفيذ التزامه، كان للدائن أن يقوم بتنفيذه جبرا اذا كان لديه سند تنفيذي وفضلا عن هذا فان هناك من الوسائل مايستطيع بها الدائن اجبار المدين علي تنفيذ التزامه، كالتهديد المالي أو الغرامه التهديدية، والاكراه البدني ويلجأ القاضي الي تلك الوسائل غير المباشرة عندما يري أن.. التنفيذ العيني قد يكون غير ممكن، أو غير ملائم دون تدخل المدين شخصيا. فان لم تفلح هذه الوسائل في حمل المدين علي تنفيذه فلا مناص أمام الدائن الا تنفيذ الالتزام بطريق التعويض وهكذا لايتعلق الالتزام الا بالذمه المالية للمدين، ولاصله بشخصه.

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق فقرة ٤٤٠، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٩.

(١) التهديد المالي[1] "Les astreintes"

- النصوص القانونية:

تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدني علي مايأتي ١- اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل علي حكم بالزام المدين بهذا بالتنفيذ وبدفع غرامه تهديديه ان امتنع عن ذلك ٢- واذا رأي القاضي أن مقدار الغرامه ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامه كلما رأي داعيا للزيادة"

- تنص ٢١٤ علي أنه "اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين علي رفض التنفيذ، جدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين".

- ماهيه الغرامة التهديدية:

يقصد بالغرامه أو بالتهديد المالي: "الحكم علي المدين بناء علي طلب الدائن بمبلغ معين عن كل يوم أو أيه وحده زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه الي مابعد الوقت الذي يحدده القاضي للتنفيذ وتستمر

---

(١) انظر كايزر Kayser المجلة الفصلية للقانون المدني سنه ١٩٥٣ وما بعدها- اسمان Esmein أصل ومنطق القضاء في نظام التهديد المالي المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص٥ ومابعدها- كراكيوم cracuim النظرية العامة للتهديد المال رسالة باريس سنه ١٩٥٠. وانظر في الفقه المصري د/ السنهوري المرجع السابق فقره ٤٤٦ ومابعدها ص ١٠٥٣، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقره ١٢ ومابعدها ص٢١، د/ محمود جمال الدين زكي الوجيز النظرية العامة للالتزام اتط ٧٨ ص٧٤٩ ومابعدها فقره ٣٨، د/ البدراوي أحكام الالتزام ص٤٣، د/ عبد الرازق فرج احكام الالتزام ط٨٤/٨٥ص١٧، د/محمد لبيب شنب احكام الالتزام فقره ٢١٨، د/ عبد الفتاح عبد الباقي أحكام الالتزام فقره ٣١ ومابعدها.

الغرامه حتي يقوم المدين بالتنفيذ أو يتضح اصراره علي عدم التنفيذ(١) (م ٢١٣ مدني).

والغرامه التهديدية أو "التهديد المال" ليست عقوبة علي المدين من جهه، وهي ليست تعويضا للدائن من جهه أخري ولكنها وسيله لحث المدين علي التنفيذ عن طريق أثرها النفسي عليه أذ أن القاضي اذا ما أتضح أصرار المدين علي عدم تنفيذ الالتزام يقدر التعويض المناسب للدائن دون تقيد بما كان قد قدره في الغرامه التهديدية(٢).

- ويرجع الفضل في ابتكار هذه الوسيله الي القضاء الفرنسي، دون سند من نصوص القانون. غير أنه بما وجهه اليه الفقه من نقد من أنه قضاء بريتوري، ولقد جاراه القضاء المصري الي أن اعترف به المشرع المصري صراحه في التقنين المدني الجديد(٣).

- ضرورة نظام الغرامه التهديدية في القانون المصري:

١) ان القاعدة في القانون المصري أن مجرد الامتناع عن تنفيذ الالتزام لايكون جريمه جنائيه، وأنه لاتوجد بين الجرائم التي يعاقب عليها القانون حاله عدم الامتثال لحكم المحكمة الصادر بالزام المدين

---

(١) انظر مجموعة الاعمال التحصيرية، جزء٢ ص٥٤.

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٣/١٠/١٩٦٩- م نقض ج- ٢٠- ١٠٥٦ بأن "الغرامة التهديدية كما يدل عليها أسمها وتقتضيه طبيعتها هي- كالاكراه البدني- ليس فيها معني من المعاني الملحوظة في العقوبة. كما أنه ليس فيها معني التعويض عن الضرر وانما الغرض منها هو اجبار المدين علي تنفيذ التزامه علي الوجه الأكمل وهي لاتدور مع الضرر وجوداً وعدما ولايعتبر التجاوز عنها في حد ذاته تجاوزا بالضرورة عن ضرر حاصل أو تنازلا عن تعويض الضرر بعد استحقاقه اذا اقتضي عدم التمسك بها دواعي العدالة أو دوافع المصلحة."

(٣) المواد ٢١٣، ٢١٤ مدني مصري.

بالتنفيذ العيني. كما في المحاكم الانجلوسكسونيه التي تعرف جريمه ازدراء القضاء أي احتقار القضاء فتحكم علي من يمتنع عن تنفيذ حكم المحكمة بعقوبه جنائية.

٢) أن الاكراه البدني كوسيلة غير مباشرة لاجبار المدين علي التنفيذ وسيلة استثنائية لايجوز الالتجاء اليها حيث يرويها نص خاص وقد حصرها المشرع في حالتين:

الأولي: م ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتنص علي أنه "اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانه أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك الي المحكمة الجزئية التي بدائرتها محل التنفيذ، ومتي ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر علي القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل، حكمت بحبسه، ولايجوز أن تزيد مده الحبس عن ثلاثين يوما.

والثانية: مانصت عليه المادة ١٩، اجراءات جنائية. وهي الحكم بالتعويض علي شخص بسبب ارتكابه جريمة جنائية سببت ضررا للغير، وامتنع عن الدفع فأن للمحكمة الحق في الحكم عليه بالحبس لمده ثلاثة شهور (م ١٦٣ مدني).

- وسنتناول تلك الحالتين بشئ من التفصيل عند التحدث عن الاكراه البدني فيما بعد، وفي غير هاتين الحالتين ليس أمام الدائن الا اللجوء الي التنفيذ المباشر علي أموال المدين ان أمكن له ذلك والا فلا سبيل الا بالغرامة التهديدية متي توافرت شروطها[1].

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٢ ومابعدها.

- **شروط الحكم بالغرامة التهديدية[١]:**

نصت المادة ١/٢١٣ مدني علي أنه "اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل علي حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامه تهديديه اذا أمتنع عن ذلك.

ومن النص السابق يمكن لنا أن نستخلص شروط الحكم بالغرامه التهديديه وهي:

(أ) أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ممكنا:

ومعني أنه يجب أولا أن يوجد التزام فان لم يوجد التزام أصلا وجب علي المحكمة أن تحكم برفض الحكم بالغرامه التهديديه أو أنقضي الالتزام بعد وجوده. أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا فلا مكان للغرامه التهديديه. لأنها وسيلة لغاية أصبحت مستحيله التحقيق فلا معني لاستخدام الوسيلة ويستوي في ذلك أن ترجع استحاله التنفيذ الي خطأ المدين أو كانت الاستحاله بسبب أجنبي. فاذا كان المدين ملتزما تقديم الحساب بدونها. فلا محل للحكم بالغرامه التهديديه.

(ب) أن يكون من الضروري قيام المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه:

كما في الالتزام بالقيام بعمل فني. أما ان كان في الامكان الحصول علي التنفيذ العيني دون حاجة الي المدين. فلا يجوز الالتجاء الي الغرامه التهديديه. بل يجب الالتجاء الي التنفيذ العيني المباشر. كنص المواد ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٩ أو اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود اذا يغني عنها التنفيذ المباشر علي أموال المدين.

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بند ٤٤٨ ومابعدها ص١٠٥٨ ومابعدها.

كما لايجوز الحكم بها اذا كان المدين مؤلفا (ككاتب أو رسام) وكان من شأن الحكم بها المساس بحقه الأدبي لتعلق هذا الحق بحقوقه الشخصيه – فالمؤلف علي نتاج زهنه حقان: الأول: مالي والآخر: أدبي والحق الأدبي يرمي الي تمكين المؤلف من حمايه شخصيته وهي المتمثله في نتاج فكره وهو الذي يقدر ما اذا كان نتاجه يصلح للنشر أم لا. وله الحق في ذلك لكي يحمي صورته وأسمه أمام المواطنين ولايكون هناك سبيل الا التعويض للناشر ولايستثني من ذلك الا الحاله التي يثبت فيها رفض المؤلف تسليم المصنف انما يرجع الي رغبته في التعامل مع ناشر أو عميل آخر فعندئذ يكون متعسفا في استعمال حقه ويجوز اجباره علي التنفيذ العيني لالزامه[1].

(جـ) أن يطلب الدائن الحكم بالغرامه التهديديه:

فهي رخصة للدائن له أن يطلبها أو يمتنع عن ذلك ومعني ذلك أن القاضي لايملك أن يحكم بالغرامه التهديديه من تلقاء نفسه اذا ظهر له تعنت المدين بل لابد أن يأتي طلب ذلك من الدائن بوصفه صاحب المصلحة الشخصية في ذلك.

- خصائص الحكم بالغرامه التهديديه:

(أ) تقديرها تحكمي: "Arbitraire" لأن القاضي عندما يحكم بها يراعي فيها مقدار ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم التنفيذ بل يراعي يسار المدين أو فقره. لأنه يقصد بها حث المدين علي تنفيذ التزامه. ولذلك فأنه لايشترط في الغرامه التهديديه أن تكون مقاربه مع مايصيب الدائن من ضرر. بل يقضي القاضي بالمبلغ الذي يراه

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٧ ومابعدها بند ١٧.

كافيا لتحقيق الهدف المقصود من الغرامه التهديديه، وله أن يزيد من مقدار الغرامه اذا رأي أنها غير كافيه لاجبار المدين علي التنفيذ العيني. فنصت المادة ٢/٢١٣ علي أنه "اذا رأي القاضي أن مقدار الغرامه ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد الغرامه كلما رأي داعيا للزيادة.

(ب) لها صفة وقتيه: provisoire وتهديديه: comminatoire:

فالحكم بالغرامه التهديديه لايكون نهائيا ولاقابل للتنفيذ. وطالما بقي موقف المدين غير محدد بتنفيذ التزامه أو باصراره نهائيا علي الامتناع عنه، ظل الحكم بالتهديد المالي معلقا يهدد المدين بغيه التغلب علي عناده وحمله علي تنفيذ التزامه ويترتب علي ذلك أن الحكم به لايجوز حجيه لأمر المقضي به. وينفذ الغرض من الحكم بالتهديد المالي عندما يتضح موقف المدين النهائي سواء بالامتثال والتنفيذ وهنا يطلب من القاضي أن يحط عنه الغرامه ويحكم عليه بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، وإما باصراره علي التخلف فيجب علي القاضي أن يعيد النظر في الحكم ويحكم بالتعويض الواجب عن عدم التنفيذ مراعيا ما أصاب الدائن من ضرر ومقدار تعنت الدين في هذا الشأن[1].

- تقدير نظام الغرامه التهديديه:

أن حكم الغرامه التهديديه حكم غير مجدي لأنه سيعاد النظر فيه علاوه علي أنه غير قابل للتنفيذ وبالتالي لن يعبأ به المدين.

- ولكنه مفيد من ناحيه أنه يوضح للقاضي مقدار تعنت المدين وبالتالي يكون حكمه بالتعويض شاملا الضرر ومقدار التعنت. ولقد وجه

---

(١) انظر د/ عبد المنعم البدراوي أحكام الالتزام ص٤٣.

البعض: تقدا الي ذلك بأن الدائن سيأخذ تعويضاً أكثر من حقه واقترحوا أن يكون مقدار التعويض علي التعنت من حق الدوله. الا أن هذا الاقتراح قد يسبب تعقيدات كثيره والدائن أولي من الدوله في الحصول علي هذا الحق علاوه علي أن اعطائه للدائن يحقق الغايه من الغرامه فيما لو أعطيناه للدوله لأنه اذا كان المدين يعلم أن اصراره سيؤدي الي منح دائنه مبلغا يزيد عما لحقه من ضرر فان هذا الأمر قد يدفعه الي سرعة التنفيذ فيما لو علم ان المبلغ الزائد سيكون من حق الدوله(١).

(٢) الاكراه البدني(٢)

"Contrante, bar, corps"

- يجوز قهر المدين علي تنفيذ التزامه عن طريق الاكراه البدني الذي يقوم علي الحبس في حالتين:

الأولي: الغرامات والمصاريف والتعويضات والرد المحكوم بها للحكومة:

نصت المادة ٥١١ من تقنين الاجراءات الجنائيه علي أنه "يجوز الاكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة من الجريمه المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط "ويقصد بالمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومه الغرامه والمصاريف ومايجب رده والتعويضات المقضي بها للحكومه. والحبس في الغرامة لايبرئ ذمه المدين، وانما هو وسيلة لاكراهه علي

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣١ ومابعدها- انظر كايزر المجله الفصلية ١٩٥٣ فقرة ٢٨ ص٢٤٤- ٢٤٥.

(٢) انظر سينيبورسكو signoresco الادراء البدني رسالة بيفيل Bieiville الاكراه البدني رسالة باريس سنه ١٩٠٤.

الوفاء ومن ثم فانه ليس ثمه مايمنح من التنفيذ علي ماله بعد الحبس وفي جميع الاحوال يجب الا تزيد مده الحبس علي ثلاثة أشهر.

الثانية: دين النفقه والحضانه والرضاع والمسكن:

نصت المادة ٧٦ مكرر من قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م والمعدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠م فى مسائل الأحوال الشخصية على انه: «اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور ومافى حكمها جاز للمحكوم له ان يرفع الأمر الى المحكمة التى اصدرت الحكم او الذى يجرى التنفيذ فى دائرتها ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ماحكم به وامرته بالأداء ولم يمتثل حكم بحبسه مدة لاتزيد عن ثلاثين يوماً فإذا أدى المحكوم عليه ماحكم به او احضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلى سبيله وذلك كله دون اخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العاديه ولايجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات مالم يكن المحكوم له قد استنفذ الأجراءات المشار اليها فى الفقرة الأولى.

واذا نفذ بالاكراه البدنى على شخص وفقا لحكم هذه الماده ثم حكمت على بسبب الواقعة ذاتها بعقوبه الحبس طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات استزلت مدة الأكراه البدنى الأول من مدة الحبس المحكوم بها فإذا حكم عليه بغرامه خفضت بمبدأ التنفيذ بمقدار خمسة جنيها عن كل يوم من ايام الأكراه البدنى الذى سبق انقاذه عليها.

وفي غير هاتين الحالتين ليس أمام الدائن الا التنفيذ المباشر علي أموال المدين اذا تيسر ذلك. والا فلا سبيل الا الغرامه التهديديه اذا توافرت شروطها كما ذكرنا.

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل
(بطريق التعويض)
(Execution, par, equivalent- Dommages- Interets)

- التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق تعويض يؤديه المدين الي الدائن هو البديل عن التنفيذ العيني الذي يعد الأصل في تنفيذ الالتزام.

ويلجأ الي التنفيذ بمقابل في الحالات الأتيه:

•• **اذا استحال التنفيذ العيني بفعل المدين:** كالتزام أمين النقل بنقل البضاعة الي مكان معين لذا هلكت البضاعة التي عهد اليه بنقلها وكتعهد متعهد باقامه حفله لمناسبة معينه وتمر هذه المناسبه ففي تلك الحالات يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا.

•• **وقد يكون التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه ارهاق للمدين ولايترتب علي العدول عنه خساره جسيمة للدائن:** بحيث يؤدي اجباره علي التنفيذ العيني الي الحاق ضرر فادح لايتناسب مع ماسيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ. وفي هذه الحاله يحدد القاضي مقدار التعويض.

•• **اذا كان في اجبار المدين علي التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية:** فهنا كما ذكرنا لايلجأ القاضي الي التنفيذ العيني بل الي التنفيذ بطريق التعويض. كالتزام الفنان برسم أو بالغناء في حفله.

•• **قد لايطلب الدائن التنفيذ العيني ولايعرضه المدين فان البديل هو التنفيذ بطريق التعويض:** الا اذا طلب الدائن التنفيذ العيني وكان ممكنا وغير مرهق أو ابدي المدين استعداده للتنفيذ العيني الذي لايكون للدائن في هذه الحاله أن يرفضه.

- المسئوليه العقديه:

المسئولية العقديه تقابل المسئوليه التقصيريه فهي جزاء الاخلال بالعقد، في حين أن الثانية جزاء الاخلال بواجب عام مفروض علي الكافه بارتكاب العمل غير المشروع. ولذلك فان قيام المسئوليه العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ تخلف المدين عن تنفيذ التزامه الناشئ عنه. والاصل هو التنفيذ العيني لهذا الالتزام عن طريق اجبار المدين عليه وفقا لأحكام المواد ١٩٩ حتي ٢٤٤ مدني مصري. فان تم ذلك لاتقوم المسئوليه العقديه، أما اذا استحال هذا التنفيذ لم يكن بد من الحكم للدائن بالتعويض جزاء اخلال المدين بالتزامه وهذه هي المسئوليه العقديه.

ويتضح من ذلك أن المسئوليه العقديه لاشأن لها بالتنفيذ العيني لأنها لاتقوم الا حيث يتخلف هذا التنفيذ ومن هنا لم يكن محل لاعمالها اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود لأنه التزام يمكن تنفيذه عينا دائما واذ نكون بصدد المسئوليه العقديه كلما حل التعويض محل التنفيذ العيني فانها تعمل أحكامها في الحاله التي لايتعذر التنفيذ العيني ولكن الدائن يطلب التعويض والمدين لايعترض ولايعرض القيام بالتنفيذ العيني.

- وواضح مما تقدم أن أركان المسئوليه العقديه ثلاثه:

أولها: عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد بما يمثل خطأ في جانب المدين.

ثانيهما: ضرر لحق الدائن من جراء هذا الخطأ.

وثالثها: علاقة سببيه بين هذا الضرر وذلك الخطأ[1]

(١) انظر د/ عبد الفتاح عبد الباقي، احكام الالتزام فقره ٤١ ومابعدها د/ محمد لبيب شنب أحكام الالتزام فقره ٢٢٣ ص٢٠٩/ ٢١٠، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقره ٢٤ ومابعدها ص٣٧ ومابعدها.
نقض ٢٩/١/١٩٧٨م في الطعن رقم ٢٧٨ لسنه ٤٥ق.

أولا: الخطأ:

يعرف الفقهاء الخطأ بأنه "الأخلال بواجب قانوني" ولايتحقق الخطأ الا بتوافر عنصرين:

العنصر الاول: مادي:

وهو عدم القيام بالواجب الملقي علي عاتق المدين علي نحو مرضي سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو معيبا أو متأخرا، وبغض النظر عن الدوافع والبواعث والغايات والأسباب التي أحاطت بعدم التنفيذ مادام أنه لايرجع الي سبب أجنبي لايد للمدين فيه، وبغض النظر كذلك عن حسن نيه المدين أو سؤ نيته اذ لاأثر لذلك علي قيام الخطأ وأن اعتد به المشرع في بعض الآثار التي تترتب عليه كالشأن في اتفاقات الاعفاء أو الحد من المسئوليه حيث حظر الاعفاء من المسئولية عن الخطأ العمدي والغش والخطأ الجسيم علي التفصيل الذي عرضت له المادة ٢١٧، ولذلك كله يتوافر ركن الخطأ العقدي بمجرد ثبوت عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد علي الوجه الوارد.. فيه[1].

العنصر الثاني:

فهو نسبة هذا السلوك إلى من اخل به. وهذا يعنى بأن يكون المدين قد تخلف عن القيام بواجبة رغم أنه كان فى الوسع أن يتنبه وأن يقوم به[2].

- هذا ويفترض أن المدين قد أخطأ فى تنفيذ إلتزامه بمجرد عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

- **ويمكن للمدين أن ينفى الخطأ لكى يتخلص من المسئولية بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه:** اذا اثبت أن عدم التنفيذ أو التأخير فيه يرجع الى سبب

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٧ ومابعدها.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم فى احكام الألتزام ط ١٩٦٧م بند ٢٤ – نقض مدنى ١٩٧٩/١/٣٠م رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق.

اجنبى (م ٢١٥ مدنى) والسبب الأجنبى قد يكون قوه قاهرة أو، حادث مفاجئ كالبراكين والزلازل والحريق أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير فى الألتزام بتحقيق نتيجة **أما بالنسبة للألتزام ببذل عناية:** فإنه يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قد بذل العناية الواجبة والمتطلبه ممن يوجدون فى نفس ظروفه الخارجيه فإذا أدعى المريض أن الطبيب قد أخطأ فى علاجة مما نجم عنه اصابته بالضرر، فإن الطبيب – وهو المدين يستطيع التخلص من المسئوليه ان هو أثبت أنه قد بذل العناية والواجبه، وأنه قد أتبع فى علاجه بهذا المريض كافة الأصول العلمية الثابته والمستقره فى علم الطب(١).

ثانياً:الضرر:

هو مايصيب الدائن من عدم تنفيذ الألتزام على الوجه المتفق عليه. فلا يحق للدائن أن يطالب المدين بالتعويض الا اذا كان قد أصابه ضرر من جراء عدم التنفيذ أو من التأخير فيه. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا لم يثبت وقوع ضرر فلا مجال للبحث من وقوع المسئولية التقصيرية كانت او عفويه(٢).

فالمحامى الذى يهمل فى تقديم دين موكله فى توزيع مفتوح أمام المحكمة. فأنه يكون مسئولاً الا إذا أثبت أن المبلغ الذى جرى توزيعه كان مستغرقاً للديون الممتازه التى تسبق دين الموكل(٣).

---

(١) انظر د/ محمد عمران الوجيـز فى آثار الألتزام ط ١٩٨٤م ص ٤١ ومابعدها انظر حكم ة النقض المصرية الطعـن رقم ٢٤٣٨ س ٣٠ جلسة ١٩٦٩/٦/٣م القاعدة ١٦٦.

(٢) نقض بتاريخ ١٩٤٧/٣/٢٧م المحاماه ص ٢٨ – وبنفس المعنى نقض فى ١٩٦٢/٦/٣٠م – م نقض م ١٣ – ٧١٦ ص ٥٢٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٣٤/١١/١م مجموعة عمر جا ص ٤٨٤ رقم ٢٠٤.

هذا ويشترط أن يكون الضرر محققا ويكفى أن يكون محقق الوقوع فى المستقبل فأن كان من المستطاع أن يعين مقدار الضرر سلفا حكم القاضي بالتعويض عنه دون انتظار لوقوعه

وعبث اثبات الضرر وتحققه يقع علي عاتق الدائن طبقا للقواعد العامه في تحميل المدعي عبئ اثبات مايدعيه. فالدائن اذ يطالب بالتعويض يدعي أن ضررا قد أصابه ولايفترض وجود الضرر لمجرد اخلال المدين بالتزامه[1]. ويستثني من ذلك كما سنرى حالة الاتفاق علي شرط جزائي، حيث يكفي أن يثبت الاخلال بالالتزام لكي يفترض الضرر فيستحق المتفق عليه الا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحق أي ضرر (م ٢٢٤/١ مدني).

هذا والضرر الذي يتم التعويض عنه بسبب اخلال المدين بالتزامه

هو الضرر المادي الذي يصيب المضرور في مصلحه مالية

"أي مالحق المدين من خسارة ومافاته من كسب" (م٢٢١ مدني)،

الضرر الأدبي: الذي يصيب الدائن في مصلحة غير مالية فيلزم المدين بتعويضه.

ثالثا: علاقة السببيه بين الضرر والخطأ:

أي يجب أن يكون الضرر الذي لحق الدائن ناتجا عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في التنفيذ. فلا يكفي أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن بل يجب أن توجد فضلاً عن ذلك علاقة سببيه بين الخطأ والضرر مما يؤيد ذلك مانصت عليه المادة (٢٢١ مدني) من أنه "اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجه طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعيه اذا لم يكن في

(١) انظر د. إسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٧ ومابعدها.

استطاعه الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ومني ذلك أنه لو لم يكن الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المدين، فانه لايسأل بتعويض الدائن عنه.

ويقع علي الدائن عبء اثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر ولايثير هذا الأمر صعوبه لأن وجود الضرر كثيرا مايؤدي الي أثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

رابعاً: الايكون هناك اتفاق علي الاعفاء من المسئوليه:

في المسئولية العقديه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين علي اعفاء الأخير من المسئوليه من عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، بشرط الايكون الضرر نشأ بخطأ عمدي من المدين أو جسيما بعكس المسئولية التقصيرية لايجوز الاتفاق علي الاعفاء منها لأنها تتعلق بالنظام العام فنصت المادة ٢/٢١٧ علي أنه "يجوز الاتفاق علي اعفاء المدين من أيه مسئولية تترتب علي عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ماينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه "كما نصت نفس المادة في الفقرة الثالثة. "ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسئولية المترتبه علي العمل غير المشروع".

خامساً: أن يكون الدائن قد أعذر المدين:

ويقصد من الأعذار هو وضع المدين موضع التأخير في تنفيذ التزامه وذلك عن طريق مطالبته رسميا بتنفيذ التزامه والا أصبح مسئولا عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه(١).

وسنتحدث عن هذا الشرط بشئ من التفصيل في المبحث التالي ثم نعقب ذلك بالحديث عن كيفيه تقدير التعويض في مبحث ثان.

---

(١) نقض ٢٥ مارس ١٩٧٢م ص ٢٣ص ٥١٤، ١ يونيه ١٩٧٢م.

المبحث الأول

الاعذار

Le Mise, En, Demeure

- معنى الاعذار:

أن المدين المعذر هو المدين الذي يعتبر في نظر القانون متأخرا في تنفيذ التزامه ان لم يوف به فورا. لهذا نجد أن الاعذار يضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه وذلك اذا لم يوف به فورا ذلك أن القاعده في التشريع المصري ان مجرد التأخير الفعلي في تنفيذ الالتزام لايكفي لقيام حالة التأخير في التنفيذ القانونيه فلا يعتبر المدين متأخرا في التنفيذ علي نحو يوفر مسئوليته القانونيه عن هذا التأخير الا باعذاره بحيث اذا لم يقم المدين بتنفيذ الغرامة فور هذا الاعذار ترتبت الأثار القانونية علي التأخير في التنفيذ[1].

وقد نصت المادة ٢١٨ مدني علي أنه "لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص القانون علي غير ذلك[2].

- كيفيه الاعذار:

وضحت المادة ٢١٩ مدني الاجراءات التي يتم بها الاعذار فقضت علي أنه "يكون اعذار المدين بانذار، أو بما يقوم مقام الانذار ويجوز أن يتم الاعـذار عن طريق البـريد علي الوجـه المبين في قـانون

---

(١) انظر السنهوري في الوسيط المجلد الثاني جـ٢ فقرة ٤٦١ ط ١٩٨٤ ، د/اسماعيل غانم المرجع السابق ص٨٧ ومابعدها - نقض ٢٥/٣/١٩٧٢ س٢٣ ص٥٢٤، ٢ يونيه ١٩٧٢م.

(٢) نقض مدني بتاريخ ٣/٥/١٩٦٢م- م نقض م س ١٣- ٥٨٢.

المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا علي اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجه الي أي اجراء آخر".

- ومن نص المادة السابق نجد أن الاعذار يتم بالطريقة التي نص عليها القانون. اذ يكون اعذار المدين كقاعدة عامه بانذار يوجه اليه.

- والانذار "Sommation" ورقه رسمية من أوراق المحضرين تعلن الي المدين ويطلب فيها الدائن اليه تنفيذ التزامه ويكون أعلانه اليه "علي يد محضر" وفقا للقواعد المبينه في تقنين المرافعات[١].

ويقوم في اعذار المدين، مقام الانذار أيه ورقة رسمية تعلن الي المدين. وتظهر فيها بوضوح اراده الدائن في اقتضاء تنفيذ المدين لالتزامه كصحيفه الدعوي "Citation, en, Justice" والتنبيه الرسمى» Commandenent «الذى يسبق التنفيذ[٢].

أما الأوراق غير الرسميه (العرفيه) فإنها لاتقوم مقام الانذار، ذلك خطاب مسجل يرسله الدائن الى مدينة ويطالبه فيه بتنفيذ إلتزامه[٣].

ولكن يبدو أن القاعدة السابقه ليست من النظام العام، فليس هناك مايمنع من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الانذار صحيحاً ولو تم بورقة غير رسميه أو حتى بمجرد أخطار شفوى. لأنه مادام من الجائز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى اجراء (م ٢١٩) فيجوز من باب أولى

---

(١) مواد ٦ ومابعدها من تقنين المرافعات.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٥٦١ - السنهورى جـ ٢ ص ٨٣٠ هامش ٣. نقض ١٩٧٩/١/٢٥م فى الطعن رقم ٥٤٤ سنة ٤٨ ق.

(٣) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جزئ ٢ ص ٢٤٤.

الاتفاق على أن يتم الاعذار بخطاب مسجل يرسله الدائن للمدين[١]. كما يجوز الاتفاق صريحاً أو ضمنيا يستخلصه القاضى من أحكام العقد كأن يتفق فى عقد التوريد على أن يتم التوريد فوراً، أو أن ينص فى عقد المقاولة على أنه يجب أن يتم التنفيذ فى وقت محدد، ولكن يجب فى الاتفاق الضمنى أن يكون غير محل للشك فالاتفاق على تعويض إتفاقى أو النص على حلول باقى الاقساط عند التأخر فى أحدها لايفيد الاعفاء من الاعذار وقد يوجد اتفاق على عدم الاعذار ولكن يجر التعامل بين الطرفين على الاعذار فيجب الاعذار رغم النص فى الاتفاق على الاعفاء منه[٢].

الحالات التى لايستلزم فيها الاعذار

ان القاعدة التى تقضى بأن المدين لايعتبر متأخراً قانوناً فى تنفيذ إلتزامه الا إذا أعذره الدائن ليست مطلقه. فالدائن اعفى من الاعذار فى عدة حالات، بحيث يكون المدين فيها مسئولاً عن التعويض بمجرد عدم تنفيذ الألتزام متى صار مستحق الأداء[٣] وهى:

(أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين[٤] **(مادة ٢٢٠ أ)**: كأن يأتى المدين العمل الذى الزم بالامتناع عنه. أو أن يتعهد محامى فى مواجهة موكله بأستئناف حكم معين، فإذا فات الميعاد المحدد للاستئناف ولم يقم به المحامى، فلا ضروره بعد ذلك مطلقاً لاعذاره.

---

(١) انظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٩٦.
(٢) د. جمال زكى بند ٣٦٨ - د. سليمان مرقص بند ٥٨٩.
(٣) مادة (٢٢٠ مدنى).
(٤) نقض مدنى ١٩٧٢/٦/١م - م نقضم - ٢٣ - ١٠٦٢.

(ب) اذا صرح المدين كتابه أنه لايريد القيام بإلتزامه (م ٢٢٠/د):

فى هذه الحالة لاجدوى من اعذار المدين الذى يصرح كتابه أنه لايريد تنفيذ إلتزامه، وانتفاء ضرورة الاعذار لايكون الا من وقت تصريح المدين. فإذا عاد المدين الى تنفيذ التزامه بعد تصريحه الكتابى أنه لايريد تنفيذه، كان مسئولاً عن التعويض لتأخره فى تنفيذ الالتزام وذلك من وقت التصريح دون حاجة الى اعذار أما الفترة السابقة فلا يستحق عنها تعويض عن التأخير مادام المدين لم يعذر[1].

والكتابة هنا للاثبات. فلو أقر المدين أنه قد صرح بعدم ارادته القيام بإلتزامه أو نكل عن اليمين التى وجهت إليه فى ذلك لكان ذلك كافياً فى أثبات التصريح المطلوب[2].

(جـ) اذا كان محل الألتزام «شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (م٢٢٠/جـ): فالمدين فى هذه الحالة سيئ النيه، ولذلك رأى المشرع أن يحرمه من ضمان الاعذار[3].

(د) اذا كان محل الألتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (م ٢٢٠ ب) أى أن هناك خطأ من جانب المدين تسبب عنه ضرراً للغير الدائن[4].

---

(١) انظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٠١ - نقض مدنى ١٩٦٧/٢/١٤م نقض م ١٨ - ٣٣٩.

(٢) انظر د. السنهورى جـ٢ فقرة ٤٦٦ ص ٨٣٩.

(٣) المذكرة الايضاحية، الاعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٦١.

(٤) نقض مدنى ١٩٤٩/٢/١٥م - م ق م - ٨ - ٢٦٠ ونفس المبدأ فى ١٩٤٨/١/١م - م ق م - ٢٦٠.

الآثار القانونية للأعذار:

يترتب على الاعذار نتائج هامه هى:

الأولى: يصبح المدين مسئولاً عما يلحق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره فى تنفيذ التزامه بخطئه فنصت المادة ٢١٨ هذا المعنى على أنه (لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين «أما قبل أن يعذر الدائن مدينة لايستحق تعويضا عن تأخر المدين فى التنفيذ. لأن الدائن يكون قد رضى بذلك مادام لم يقم بإعذار المدين.

الثانية: تنتقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر. فهلاك الشئ المبيع بقوة قاهرة يكون على البائع قبل التسلم، وتنتقل تبعه الهلاك الى المشترى اذا اعذره البائع لتسلم المبيع ولم يفعل. فنصت المادة ١/٢٠٧ على أنه «اذا التزم المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر فان هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن «ولكن اذا أثبت المدين المعذر أن الشئ كان يهلك فى يد الدائن لو أنه سلم اليه. اندفعت عنه تبعه الهلاك بالرغم من اعذاره، وانقضى التزامه.

- ايضا تبعه الهلاك تقع على السارق ولو أثبت أن الشئ المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه.

الثالثة: اقتضاء التنفيذ العينى ان كان ممكنا: (م ٢٠٣) لقد جعل المشرع من الاعذار شرطا واجبا لاقتضاء التنفيذ العينى،

فنصت المادة/ (١/٢٠٣) على أنه «يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً **عينيا متى كان ذلك ممكنا».**

وليس معنى ذلك أن اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العينى أنْ الدعوى التى يرفعها الدائن مطالبا بالتنفيذ العينى لاتكون مقبوله الا اذا سبقها اعذار المدين اذ ان المطالبه القضائية ذاتها تعتبر اعذاراً، ولكن أثر هذا الشرط يقتصر على أنه اذا كان الدائن لم يعذر المدين قبل رفع الدعوى فبادر المدين، بمجرد ان اعلن بصحيفتها الى تنفيذ التزامه عينا، فلا يجوز الحكم عليه بمصروفات التقاضي لأنه لايعتبر فى هذه الحالة متأخرا طالما لم يقم الدائن باعذاره قبل رفع الدعوى[1].

(١) انظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٩٣ ومابعدها، د. السنهورى فى الوسيط جـ٢ فقرة ٤١١.

المبحث الثاني
كيفية تقدير التعويض

- ان التعويض قد يتولى القاضي عاده تقدير التعويض الذي طالما مايكون محل خلاف بين الطرفين فيكون التعويض قضائيا. ولكن قد يتفق الطرفان مقدما علي تقديره حين يكون التعويض اتفاقيا أو يقدره القانون مباشره حين يكون التعويض قانونيا.

وعلي ذلك نتناول التعويض القضائي، التعويض الاتفاقي والتعويض القانوني كلا في مطلب علي الوجه الآتي:

المطلب الثاني
التعويض القضائي(١)

- للدائن في حاله عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه أن يلجأ الي القضاء طالبا الحكم علي المدين بدفع التعويض المستحق له من جراء امتناع أو تأخير المدين عن تنفيذ التزامه ويجوز الجمع بين التنفيذ بمقابل والتعويض عن التأخير في التنفيذ، والذي يستحق لمجرد تأخر المدين عن تنفيذ التزامه.

ويشترط لاستحقاق التعويض توافر الخطأ - والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

والخطأ يتحقق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تنفيذه تنفيذا معيبا ويتحقق الضرر باصابه الدائن بضرر محقق ومؤكد وسواء كان ضررا ماديا أو أدبيا. ويتوافر علاقة السببية يكون الخطأ هو سبب

---

(١) انظر السنهوري المرجع السابق بند ٤٦٨ص١١٠٠ ومابعدها، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٠٨ ومابعدها بند ٤٦، د/ جمال زكي الوجيز النظرية العامة للالتزامات ط١٩٧ص٧٥٩ ومابعدها.

الضرر الذي لحق بالدائن. وقد سبق أن أشرنا الي ذلك عندما تحدثنا عن شروط استحقاق التعويض.

- **التعويض النقدي والتعويض العيني:**

ان التعويض قد يكون نقديا وهذا هو الأصل، وقد يكون عينيا كما في حاله قيام المدين باصلاح ماأصاب الشئ من تلف. وقد نصت المادة ٢١٥ مدني علي أنه "اذا استحال علي المدين تنفيذ التزامه عينيا، حكم عليه بالتعويض.

ونصت الماده ٢/١٧١ مدني علي أنه "يقدر التعويض بالنقد علي أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء علي طلب المضرور أن يأمر باعادة الحال الي ماكانت عليه، أو ان يحكم بأداء امر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك علي سبيل التعويض.

ولايوجد مايمنع من تطبيق هذا النص بطريق القياس علي التعويض عن كل اخلال بالتزام أيا كان مصدره[(١)].

- **عناصر التعويض:**

نصت الفقره الاولي من الماده (٢٢١) من التقنين المدني علي أنه :

"١) اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض مالحق بالدائن من خساره ومافاته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعه الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

---

(١) انظر لبيب شنب احكام الالتزام فقره ٢٣٧ص٢٨٠، د/ عبد الودود يحيي ص٣٥، د/ عبد الرازق حسن فرج احكام الالتزام ط٨٤/٨٥ص ٢٨/٢٧.

٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عاده وقت التعاقد.

- ومن النص السابق نجد أن التعويض يتكون من عنصرين:

الأول: ما اصاب الدائن من الخسارة (damnum, emergens)

الثاني: ماضاع عليه من الكسب (Lucyun, cessans)

أي ان القاضي في تقديره للتعويض سواء كان التعويض بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ يدخل في حسابه هذين العنصرين فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ. ثم يقدر بعد ذلك مافات الدائن من كسب ومجموع هذين العنصرين هو التعويض.

- فاذا تعهد شخص بتويد بضاعه في ميعاد معين ولم يوردها في نفس الموعد المحدد. هنا يقدر القاضي التعويض علي أساس الخسارة التي لحقت بالدائن والتي تتمثل في الشراء بسعر أعلي. ثم مافاته من كسب وهو الفرق بين الثمن الذي اشتري به، والثمن الذي كان سيبيع به السلعه.

- **ويقتصر التعويض علي الضرر المباشر:** ويكون الضرر مباشرا اذا كان نتيجة طبيعيه لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه طبقا للمجري المعتاد للأمور، وقد جري **القول بأن الضرر يكون مباشرا اذا لم يكن في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.**

أما الضرر غير المباشر: هو ماكان في استطاعه الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول فلا تعويض عنه سواء في المسئوليه العقديه أو التقصيرية [١].

(١) انظر السنهوري المرجع السابق بند ٤٧٠ص١١٠٥ط٨٢، د/ عبد الودود يحيي فقره ٣٦.

- ويقتصر التعويض في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم علي الضرر المتوقع: والضرر المتوقع هو الذي يتوقعه وقت التعاقد الرجل المعتاد اذا وضع في مثل الظروف الظاهره للمدين، ولايكفي أن يكون متوقعا في سببه وانما يتعين أن يكون متوقعا أيضا في مقداره ومداه[١]. ولكن اذا كان المدين سئ النيه فانه في هذه الحاله يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع[٢].

ومثال الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع:

أن يقوم شخص بشحن قطع من الأثاث وبداخلها مجوهرات وسبائك ذهبيه عن طريق هيئه السكك الحديديه دون أن يخطر الهيئه بمحتويات الأثاث. ثم يفقد جزء من هذا الأثاث. ففي هذه الحاله لاتلتزم مصلحة السكك الحديديه الا بالتعويض عن قيمه الأثاث المفقوده فقط ولاتلتزم بالتعويض عما فقد من المجوهرات والسبائك الذهبيه اذ ان هذه الأشياء لم يكن من المستطاع توقع وجودها مع الأثاث عند التعاقد. ويعتبر الضرر في هذه الحاله الأخيره غير متوقع اذ لم تنصرف اراده الطرفين الي التعويض عنه[٣].

- هذا والضرر يقدر علي أساس قيمته وقت الحكم ولاوقت حصوله أي وقت الأخلال بتنفيذ الالتزام.

---

(١) نقض ٣١/٣/٧٠- م نقض م- ٢١- ٥٢٨، نقض ٨/١٢/٧٠- م نقض م- ٢١- ٨- ١٢.

(٢) نقض ٢٤/١٢/١٩٥٨- م نقض م- ٩- ٧٠٣.

(٣) انظر د/ عبد الودود يحيي ص٣٨، د/ محمد لبيب شنب فقره ٣٣٧، د/ عبد الرازق فرج ص٢٩.

المطلب الثاني
التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي
"Le, clause, penale"

- تعريف الشرط الجزائي:

هو اتفاق يحدد فيه المتعاقدين سلفا مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حاله عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخير في تنفيذه.

وقد يرد هذا التعويض ضمن شروط العقد، أو في اتفاق لاحق علي العقد فنصت الماده ٢٢٣ مدني علي أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمه التعويض بالنص عليها في العقد أو اتفاق لاحق".

ويتضح من النص السابق أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما في العقد أو في اتفاق لاحق علي قدر التعويض الذي يلتزم أحدهما بدفعه الي الآخر في حاله عدم تنفيذه لالتزامه أو التأخير في التنفيذ سواء تمثل التعويض في مبلغ من النقود- وهو الغالب - أو بغير النقود.

ومن أمثله الشرط الجزائي:

وماينص عليه في عقود المقاولات من الزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فتره زمنيه يتأخر فيها عن اتمام العمل الذي تعهد به ومثل هذا في عقود التوريد[١].

- شروط استحقاق التعويض في الشرط الجزائي:

- ان الشرط الجزائي ماهو الاتقدير اتفاقي للتعويض فهو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما، التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق

---

(١) انظر استئناف القاهرة ٢٨ نوفمبر ١٩٦١م المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ع ٤ ص ١٩٧ رقم ٣٦.

أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر ويعتبر على هذا الوجه اتفاقا يتعلق بالمسئولية، ولهذا يلزم توافر عناصر المسئولية لاستحقاق – التعويض وهى الخطأ الذى يقع من المدين، الضرر الذى يلحق بالدائن وعلاقه السببيه بين الخطأ والضرر. فان انتفى شرط منها لايستحق الدائن التعويض. ويتعين أيضا لاستحقاق التعويض اعذار المدين. لأن التعويض كما ذكرنا لايستحق الا بعد اعذار المدين. فيما عدا الأحوال التى يعفى فيها الدائن من الاعذار.

- ويترتب على الاتفاق مقدما على تقدير التعويض أن عبء الاثبات ينتقل الى المدين اذ يكفي أن يتبين خطأ المدين، فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه وينتقل عبء الاثبات الى المدين ولكى يتخلص من الجزاء المشروط عليه أن يثبت انتفاء الضرر أو السببيه بينه وبين الخطأ. وهذا مانصت عليه المادة ١/٢٢٤ مدنى على أنه «لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا **اذا أثبت المدين** ان الدائن لم يلحقه أى ضرر».

- التكييف القانونى للشرط الجزائى[١]:

ذكرنا أن الشرط الجزائى هو اتفاق سبق على تقدير التعويض. وهو طريقة من طرق تقدير التعويض ويخضع لما يخضع له التعويض من أحكام ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها:

١) الشرط الجزائى هو التزام تابع للألتزام الأصلى[٢]:

أى أن الاتفاق عليه لايوجد التزاما جديداً، وانما هو جزاء على اخلال المدين بإلتزامه، وعلى ذلك فالشرط الجزائى يدور مع الألتزام

---

(١) انظر د. السنهورى – المرجع السابق بند ٤٨٦ ص ١١٢٣ ومابعدها، د. إسماعيل غانم – المرجع السابق بند ٤٩ ص ١١٩ ومابعدها، د. محمد عمران المجمع السابق ص ٥٥ ومابعدها، د. عبدالرازق فرج – المرجع السابق ص ٣٠ ومابعدها.

(٢) نقض مدنى فى الطعن رقم ٨٥٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٧م.

الأصلى وجوداً وعدماً. فإذا بطل الألتزام الأصلى بطل الشرط الجزائى، أما اذا بطل الشرط الجزائى فلايستتبع بطلان الألتزام الأصلى - أيضاً لايترتب عليه أن يصبح الألتزام الأصلى التزاما شرطياً ، لأن الألتزام الشرطى هو التعويض الاتفاقى - **كما لايترتب على وجود الشرط الجزائى أن يصبح الألتزام الأصلى إلتزاما تخييريا او بدليا:** بمعنى ان الدائن لايمكنه ان يختار بين الألتزام الأصلى أو الشرط الجزائى لأن الأصل هو تنفيذ الألتزام الأصلى - **كما أنه ليس بدليا** - فليس للمدين أن يعدل عن تنفيذ الألتزام الأصلى الى تنفيذ الألتزام الشرطى.

٢) الشرط الجزائى هو طريق من طرق تقدير التعويض وينطبق عليه ماينطبق على التعويض من أحكام. فالتنفيذ العينى هو الأصل كما تقدم - فإذا عرض المدين التنفيذ العينى فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر على عدم التنفيذ، كما أن الدائن لايكون ملزماً بقبول التعويض الا فى الأحوال التى يتعذر فيها تنفيذ الألتزام الأصلى عينا.. والاتفاق على الشرط الجزائى لايحرم الدائن من حقه فى القيام بالتنفيذ العينى بعد استئذان القضاء على نفقه المدين طبقاً للمواد ٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٢، ويكون له الحق فى الرجوع على المدين بالنفقات ولو زادت على المبلغ المقدر فى الشرط الجزائى[١].

٣) لايستحق الدائن التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى كأن يلحق الدائن ضرر نتيجة عدم تنفيذ الألتزام أو التأخير فى تنفيذه، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه، والضرر الذى حدث. فإن القاضى يطبق الشرط الجزائى أي يحكم بالتعويض المتفق عليه

(١) انظر د. عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - فقره ٤٨٨ ص ١١٢٥ ومابعدها، د. إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٢٠ ومابعدها.

بغير نقصان أو زيادة، بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع. ولايكون للقاضى أن يزيد أو ينقص المبلغ المتفق عليه كشرط جزائى بل يأخذ به كما حدده الطرفان.

- ولكن القانون اجاز استثناء للقاضى سلطة تخفيض أوزياده الشرط الجزائى على النحو التالى:

(أ) سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى:

نصت المادة (٢/٢٢٤) على أنه «يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة، أو أن الألتزام الأصلى قد نفذ جزء منه».

ويمكن القول أن القاضى يمكنه أن يخفض مقدار التعويض فى الشرط الجزائى فى ثلاثة حالات:

١) **اذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة لاتتناسب مع الضرر الحادث بحيث** يصبح شرطاً تهديدياً فحسب.

٢) **اذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه.** فان القاضى يقوم بتخفيض الشرط الجزائى بنسبة مانفذ المدين من التزامه[١].

٣) ايضا يجوز للقاضى تخفيض الشرط الجزائى فى حالة اذا كان محل الألتزام مبلغا من النقود وكان مقدار الشرط الجزائى يجاوز الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية[٢].

هذا وقد جعل المشرع التخفيض جوازياً للقاضى، فقد يكون الجزء

---

(١) ويتفق هذا الحكم مع نص المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى التى تنص على أن «الشرط الجزائى يجوز للقاضى تعديله إذا نفذ الألتزام الأصلى فى جزء منه » – انظر نقض مدنى ٥٥/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦.

(٢) انظر د. إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص ١٢٤ – نقض مدنى فى ١٩٧٥/٥/٣٠م – م نقض م – ١٧٥٧/٢٦.

التي تم تنفيذه تافها أو لاتكون فى التنفيذ الجزائى فائدة للدائن فلايحكم القاضى بالتخفيض.

(ب) سلطة القاضي في رفع التعويض في الشرط الجزائي:

نصت المادة ٢٢٥ مدني علي أنه "اذا جاوز الضرر قيمه التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمه الا اذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيما".

من النص السابق نجد أن الأصل أن يكون مقدار التعويض مساويا لما لحق الدائن من ضرر فاذا جاوز الضرر قيمه التعويض المتفق عليه فلا يحكم القاضي بغير القيمة المتفق عليها الا في حالتين يمكن للقاضي فيهما أن يرفع مقدار التعويض المتفق عليه وهما:

١) اذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ترتب عليه زياده الضرر عن مقدار التعويض المتفق عليه. كان يتعمد المدين عدم تنفيذ التزامه. ففي هذه الحاله اذا جاوزة قيمه الضرر مقدار التعويض المشروط يكون الشرط الجزائي بمثابه اشتراط من اشتراطات الاعفاء من المسئوليه في حدود الضرر الزائد وهذا لايجوز طبقا لنص المادة "٢/٢١٧ مدني علي أنه" يجوز الاتفاق علي اعفاء المدين من أيه مسئوليه تترتب علي عدم تنفيذ التزامه العقدي الا ماينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم.

ومن ذلك نجد أن الماده ٢٢٥ مدني ليست سوي تطبيق للمادة ٢/٢١٧ مدني. وعلي ذلك لايصح الحكم بزيادة التعويض المتفق عليه اذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصيا بل وقع من أحد غيره[1].

٢) اذا استخدم الشرط وسيله للتحايل علي القانون كما لو أتفق علي شرط جزائي تافه، فيصبح في حكم اعفاء المدين من المسئوليه

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٢٦، د/ انور سلطان أحكام الالتزام ج٢ ص١٧٩ فقره ٢٠١، د/ محمد لبيب شنب أحكام الالتزام فقره (٢٠٠)

التقصيرية ويكون مثل هذا الاتفاق باطلا. وبالتالي يجوز للقاضي أن يزيد التعويض مستهديا بالقواعد العامه في تقدير التعويض القضائي.. وعبء اثبات غش المدين أو خطئه الجسيم يقع علي عاتق الدائن.

- ويسقط الشرط الجزائي بعدول الطرفين عنه كالشأن فيما لو عقد النص عليه في العقد النهائي بعد أن كان منصوصا عليه في العقد الابتدائي[١].

- تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي:

يمكن ان نميز بين الشرط الجزائي والتهديد المالي تكون عندما يكون الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ كان يحكم القاضي علي مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامه تهديديه عن كل يوم تأخر فيه، أو يتفق المتعاقدان مقدما علي أن يدفع المقاول مبلغا من المال عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل- في هذه الحاله نجد ان الشرط الجزائي يقترب من الغرامه التهديديه ولكن يظل الفرق بينهما أن الغرامه التهديديه مصدرها حكم القاضي أما الشرط الجزائي فمصدره اتفاق الطرفين مقدما عليها[٢].

- أيضا التهديد المالي تحكمي لايقاس بمقياس الضرر الذي لحق بالدائن أما الشرط الجزائي فانه يقاس بحسب الأصل بمقياس الضرر الذي لحق بالدائن.

- والتهديد المالي حكم وقتي تهديدي أي لاينفذ الا اعيد تقديره من القاضي كتعويض نهائي أما الشرط الجزائي فهو تعويض نهائي،

---

(١) انظر د/ عبد الرازق السنهوري المرجع السابق بند ٤٩١ ص١١٣١ ومابعدها.

(٢) نقض مدني ١٩/١/١٩٥٨م- م نقض م- ٩- ٦٢.

المطلب الثالث
التعويض القانوني أو فوائد التأخير

- قد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود، ففي هذه الحالة اذا تأخر المدين عن الوفاء به، يستحق الدائن تعويضا عن التأخير في صوره فوائد تسمي الفوائد التأخيريه. لأنها تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام الذي محله نقود. كالفوائد التي يلتزم المقترض بدفعها الي المقرض اذا حل أجل القرض وتأخر المقترض في الوفاء بالتزامه[1].

- ويتمثل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود في صوره فوائد تقدر علي أساس نسبه مئويه من رأس المال تحتسب سنويا وقد يتولي الطرفان تحديد هذه النسبه بالاتفاق علي شرط جزائي عن التأخير **هذه هي فوائد التأخير الاتفاقيه**. وهناك نوع آخر من الفوائد الاتفاقيه. وهي التي تكون كمقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمه الدائن. وتسمي بالفوائد العرضيه [2] مثل ذلك عقد القرض الذي يتفق فيه الدائن مع المدين علي أن يدفع الأخير فائده معينه مقابل انتفاعه بالمبلغ المقترض طوال مده القرض.. أما اذا حل أجل القرض ولم يقم المدين بتسديده للدائن فهناك تستحق علي المقترض لتخلفه عن الوفاء فوائد تأخيريه.

- الفوائد الاتفاقيه سواء كانت عن التأخير في الوفاء أو كانت مشترطه كمقابل انتفاع لايجوز أن يزيد سعرها علي ٧٪ حيث نصت الماده

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٢٨ ويطلق عليها الاستاذ الدكتور السنهوري الفوائد التعويضيه انظر الوسيط المرجع السابق بند ٥٠٢ ص١١٥٢ ومابعدها.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٢٧ ومابعدها- د/ السنهوري المرجع السابق ص١١٤٩ ومابعدها، د/ محمد لبيب شنب فقره ٢٤١ ومابعدها، د/ عبد الرازق فرج المرجع السابق ص٣٤ ومابعدها، د/ محمد عمران المرجع السابق ص٥٩ ومابعدها.

١/٢٢٧ علي أنه "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علي سعر آخر للفوائد سواء أكانت ذلك بمقابل تأخير الوفاء أم في أيه حاله أخري تشترط فيها الفوائد **علي ألا يزيد هذا السعر علي سبعه في المائه، فاذا اتفقا علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها الي سبعه في المائه وتعين رد مادفع زائدا علي هذا القدر".**

- وبجانب الفوائد الاتفاقيه توجد الفوائد القانونيه، وهي الفوائد التي يتولي القانون تحديدها كتعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ان لم يكن الدائن والمدين قد اتفقا علي فائده عن التأخير. وقد جعلت لماده "٢٢٦ مدني" سعر الفائدة القانونية ٤٪ في المسائل المدنيه و٥٪ في المسائل التجاريه فنصت علي أنه "اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء، كان ملزما بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخير **فوائد قدرها أربعة في المائه في المسائل المدنيه، وخمسة في المائه** في المسائل التجاريه...".

- شروط استحقاق فوائد التأخير:

لقد حددت الماده ٢٢٦ مدني شروط استحقاق فوائد التأخير فنصت علي أنـه "اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطـلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملـزما بأن يدفـع للدائن علـي سـبيل التعويض عن التأخير فوائـد قدرها أربعه في المائه في المسائل المدنيه وخمسة في المائه في المسائل التجاريه. وتسـري هـذه الفوائد من تاريخ المطـالبه القضائيه بها. ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخيا لسـريانها، وهـذا كله مالـم ينص القانـون علـي غيره.

ومن النص السابق نجد أنه يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيريه عده شروط هـي:

١) **أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود:** أي يجب أن يكون المدين ملتزما بدفع مبلغ من النقود الي الدائن.

٢) **أن يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب** [١]. كالثمن الذي يدفعه المشتري الي البائع فهو مبلغ محدد ومعلوم. وبالتالي لاتستحق الفوائد اذا كان مايطالب به الدائن غير معلوم المقدار كان يطالب بالتعويض عن عمل غير مشروع.

٣) **أن يتأخر المدين عن الوفاء به.** اذ أن الفائده التأخيريه هي بمثابه تعويض عن التأخير. أي عن الضرر الذي يفترض وقوعه للدائن بسبب التأخير في الوفاء بالدين.

٤) **المطالبه القضائيه:** أي لابد أن يطالب الدائن المدين بالفوائد الي جانب مطالبته بالدين الأصلي أيضا لاتستحق فوائد التأخير اذا كانت صحيفه الدعوي باطله أو رفعت الدعوي الي محكمة غير مختصه. واذا طالب الدائن في صحيفه دعواه بأصل الدين فقط. ثم عاد في أثناء نظر الدعوي وطالب بما هو مستحق له من فوائد، فإن الفوائد لاتستحق الا من وقت هذا الطلب[٢]، يوصف أنه مطالبه قضائيه بالفوائد يتحقق به شرط استحقاقها، وليس من وقت رفع الدعوي.

- **ولكن قاعده استحقاق الفوائد من تاريخ المطالبه القضائيه ليست من النظام العام. أي يجوز الاتفاق علي خلافها:**

١) كأن يتفق الطرفان علي سريان الفوائد التأخيريه من وقت الانذار أو بمجرد حلول الأجل.

---

(١) نقض ٢٥/٢/١٩٧٤م- م نقض م- ٢٥- ٢٨٥.

(٢) انظر د/ محمد عمران المرجع السابق ص٦١- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٣٤. نقض مدني ٦/٦/١٩٦٨- م نقض م- ١٩- ١١٢٠.

٢) في العرف التجاري: قد يحدد ميعادا أخر لبدء سريان الفوائد. فتسري مثلا الفوائد التجارية من تاريخ الخصم أو الايداع ولايشترط المطالبه القضائية أو الاعذار.

٣) قد يحدد القانون موعدا آخر لسريان الفوائد ومثال ذلك:

(أ) مطالبه الموكل الوكيل باسترداد أمواله التي انفقها الوكيل لحسابه الخاص. وتسري الفوائد من تاريخ الاعذار وليس المطالبه القضائيه (م ٧٠٦ مدني).

(ب) يلتزم الموكل برد ماانفقه الوكيل من ماله الخاص في تنفيذ الوكاله مع الفوائد من تاريخ الاتفاق (م٧١٠ مدني).

٤) لايكلف الدائن باثبات حدوث الضرر حتي يستحق الفوائد لأن المشرع جعل من التأخير في التنفيذ قرينه علي حدوث الضرر وبالتالي يقع عبء الاثبات علي عدم حدوث الضرر علي المدين.

ومما سبق نجد أن المشرع خرج علي القواعد العامه في أمور ثلاث:

١) اعفاء الدائن من اثبات الضرر- والقواعد العامه تنص علي أن من يطالب بالتعويض أن يثبت تحقق الضرر.

٢) اشترط لاستحقاق التعويض المطالبه القضائيه. في حين أن القواعد العامه تكتفي بالمطالبه بتنفيذ الالتزام.

٣) الفوائد تسري من تاريخ المطالبه القضائيه في حين أن القواعد العامه تنص علي سريانها من تاريخ الاعذار.

الفائدة كما قررها المشرع لاتعتبر مساويه للضرر اذا ماحدث، وانما المشرع قدرها بطريقة جزافية كما يلي:

سعر الفائدة

بالرجوع الي الماده ٢٢٦ نجد أن المشرع حدد سعرا للفائده في حاله عدم اتفاق الافراد علي سعر للفائده فنجد أنه حدد سعر الفائدة بمقدار ٤٪ في المسائل المدنيه، ٥٪ في المسائل التجاريه. والعبره هنا بصفة المدين فاذا كان المدين تاجرا كان الدين تجاريا واذا لم يكن تاجرا كان الدين مدنيا. والتقدير المذكور تقديرا جزافيا خرج فيه المشرع علي القاعده العامه التي تتطلب أن يجبر التعويض الضرر أي يكون مساويا للضرر.

ولكن اذا اتفق الافراد علي سعر للفائدة فيشترط المشرع طبقا للماده (١/٢٢٧) مدني ألا تزيد سعر الفائدة عن ٧٪ فاذا زادت عن هذا القدر وجب تخفيضها الي هذا الحد لأن سعر الفائدة من النظام العام.

- القيود القانونيه علي الفائده:

١) لايجوز تقاضي فوائد علي متجمد الفوائد: نصت الماده ٢٣٢ مدني علي أنه "لايجوز تقاضي فوائد علي متجمد الفوائد وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجاريه".

ومعني ذلك أن المشرع حرم الفوائد المركبه أي الفوائد علي متجمد الفوائد، ويقصد بها ضم الفوائد المستحقه الي رأس المال وتحتسب الفوائد علي المجموع. وكل ذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجاريه.

٢) لايجوز أن يزيد مجموع الفوائد عن رأس المال: نصت الماده ٢٣٢ مدني علي أنه "..ولايجوز في أيه حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجاريه".

فالقاعده هي أن مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن من مدينه لايصح علي أيه حال أن تزيد علي رأس المال. ولكن المشرع استثني ماتقاضي به القواعد والعادات التجاريه مثل الحساب الجاري: فانه يجوز فيه تقاضي فوائد علي متجمد الفوائد وأن سعر الفوائد التجاريه فيه غير مقيد بحد معين. فيحتمل اذن أن يزيد مجموع الفوائد في نهايه الحساب علي رأس المال، ويكون ذلك جائزا تمشيا مع القواعد والعادات التجاريه[1].

٣) يجوز تخطي حدود الفائدة في الحالات الآتيه:

(أ) اذا تعهد الدائن إطاله أمد النزاع حتي يزيد من مقدار مبلغ التعويض: ومن ذلك أن ينكر الدائن توقيعه علي مخالصه صدرت منه أو أن يطعن كيديا علي مستندات قدمها المدين بالتزوير. ففي هذه الحاله يجوز للقاضي أن يخفض سعر الفائده أو الاعفاء منها لأنه تسبب بسؤ نيه في اطاله أمد النزاع بقصد زياده مقدار مبلغ التعويض. فنصت الماده ٢٢٥ مدني علي أنه "اذا تسبب الدائن، بسؤ نيه، وهو يطالب بحقه، في إطاله أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونيه كانت أو اتفاقيه أو لايقضي بها اطلاقا عن المدد التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

(ب) يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الي الفوائد اذا كان الضرر يفوق التعويض بسبب سؤ نيه المدين كأن يتعمد عدم الوفاء في الميعاد فنصت الماده ٢٣١ مدني علي أنه "يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الي الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسؤ نيه "ومن النص السابق نجد أنه لكي نعمل بالحكم المذكور يجب توافر الشرطين الآتيين:

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بند ٥١٩ ص١١٩٩ ومابعدها.

* أن يصيب الدائن ضرر استثنائي. ومثال ذلك أن يعلم المدين ارتباط دائنه بعده التزامات يعتمد وفائه بها علي تنفيذ المدين لالتزامه، فان لم يحدث هذا فقد يتعرض الدائن لاجراءات شديده من دائنيه قد تصل الي الأفلاس[1].

* سؤ نيه المدين ولايكفي لسؤ النيه علي المدين بما قد يحقق بدائنه من أخطار بسبب التأخير في التنفيذ، بل يجب لذلك أنه يعمد المدين الاضرار بدائنه ولبلوغ هذا الهدف يتأخر في تنفيذ التزامه. ويعتبر هذا أيضا من تطبيقات نظريه التعسف في استعمال الحق (م٥/أ مدني)[2].

* وعبء أثبات توافر هذين الشرطين يقع علي الدائن.

٤) **الفوائد التأخيريه بسبب رسو المزاد:**

تنص الماده ٢٣٠ مدني علي أنه "عند توزيع ثمن الشئ الذي بيع جبرا لايكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبه التي تقررت لهم في هذا التوزيع الا اذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن. أو كانت خزانه المحكمة ملزمه بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها. علي الا يتجاوز مايتقضاه الدائنون من فوائد في هذه الحاله ماهو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانه المحكمة وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمه غرماء".

ومقتضي النص السابق أن المدين لاتسري عليه الفوائد التأخيريه

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بند ٥٢٢ ص١٢١٤ ومابعدها، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٥٧ ص١٤١ ومابعدها.

(٢) انظر د/ محمد عمران المرجع السابق ص٦٨.

من تاريخ رسو المزاد حتي تقسيمه وتوزيعه علي الدائنيين ويعفي المدين من الفوائد بقدر الأنصبه التي تقررت للدائنيين في التوزيع. وقد قصد المشرع من ذلك التخفيف علي المدين الذي بيعت أمواله بالمزاد للوفاء بما عليه من ديون وتراكم الفوائد عليه طوال اجراءات التوزيع التي قد تمتد سنوات دون أن يكون له دخل في أطالتها.

ويستحق الدائنون فوائد تأخيريه خلال هذه المده من المشتري الذي رسي عليه المزاد اذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، أو كان قد أودع الثمن في خزانه المحكمه مااستحقت علي الخزانه فائده بسبب هذا الايداع. ولايكون للدائن بعد رسو المزاد حق اقتضاء فوائد إلا بالسعر الذي استحقت به فائده الثمن علي الراسي عليه المزاد أو علي خزينه المحكمه، وبهذا تخفض فوائد- التأخير متي كان سعر الفائده المستحقه قبل الراسي عليه أو قبل خزينه المحكمه أقل من سعر الفائده الواجبه علي المدين[1].

- الحساب الجاري:

نص المشرع في الماده ٢٣٣ مدني علي أن "الفوائد الجاريه التي تسري علي الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويتبع في طريقه الحساب الجاري مايقضي به العرف التجاري"

ومن النص السابق نجد أن المشرع أوجد استثناءات في الحساب الجاري خروجا علي القواعد المقرره للفائده يمكن اجمالها في الآتي:

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٤٤.

١) لايشترط لسريان الفوائد المطاليه القضائيه ولاالاعذار بل تبدأ من الخصم أو الايداع في الحساب الجاري.

٢) سعر الفائده يتحدد طبقا لظروف السوق فيمكن أن تزيد عن ٥٪ أو تقل بشرط الا تزيد عن ٧٪.

٣) تستحق الفوائد علي متجمد الفوائد ويتبع في طريقه حساب الفوائد المركبه في الحساب الجاري مايقضي به العرف التجاري.

٤) يجوز أيه زياده في مجموع الفوائد علي رأس المال بالنسبه للحساب الجاري لأن هذا هو ماتقضي به القواعد والعادات التجاريه.

***

الفصل الثالث

ضمان تنفيذ الالتزام

- للدائـن ضمـان عام علي جميع أموال مدنيه. فالقاعده أن أموال المدين عقارات كانت أم منقـولات - هي التي تضمن سداد ماعليه من ديون. وهو مايسمـي بالضمان العام. فنصت الماده ٢٣٤ مدني علي أنـه":

١) أموال المدين جميعها ضامنه للوفاء بديونه.
٢) وجميع الدائنيين متساوون في هذا الضمان الا من كان له حق التقدم طبقا للقانون".

- ومن النص السابق نجد أن الضمان العام يتميز بأن جميع الدائنيين- متساوون فيه. فلا يتقدم أحدهم علي الآخر لاستيفاء حقه. بل يقتسم الدائنون العاديين الأموال فيما بينهم قسمه غرماء كل بنسبة دينة. اللهم الا اذا كان لأحدهم حق التقدم علي غيره بماله من حق عينى تبعى على أموال المدين كحق الرهن الرسمى أو الحيازى أو الأختصاص أو الأمتياز. فإنه يتقدم لاسيتفاء دينه على الدائنين العاديين مهما كان تاريخ نشوء دينهم.

- ولايكون للدائنين العاديين حق التتبع لأموال المدين اذا خرجت من ذمته بالبيع ماعدا الدائنين ذو الحق العينى التبعى (الرهن الرسمى والحيازى والأختصاصى والأمتياز).

أيضاً الضمان العام لايحول بين المدين وادارة أمواله والتصرف فيها طالما لم تتخذ إجراءات التنفيذ. ونتيجة لذلك فإن كل واحد من

الدائنين له مصلحه فى المحافظة على أموال المدين. ويتأثر الدائن بالتالى بأثر تصرفات مدينة. فيكون أكثر أطمئنانا فى الحصول على حقه كلما زادت أموال المدين، وتقل على النقيض فرص أستيفائه له كلما قلت أمواله، ويكون من مصلحة الدائنين أن تزيد أموال المدين وتقل ديونه[١].

- ولهذا نجد أن الشارع أعطى الدائنين من الوسائل التى تمكنهم من المحافظة على الضمان العام للوفاء بديونهم ضد تصرفات مدينهم سواء كانت سلبيه أو ايجابيه فمنحهم دعاوى خاصة لحماية حقوقهم وهى:

(أ) الدعوى غير المباشرة.

(ب) الدعوى البوليصيه.

(جـ) الدعوى الصوريه[*].

كما أعطاهم طريقين آخرين للمحافظة على الضمان وهما:

(أ) الحق فى الحبس[٢].

(ب) نظام شهر الأعسار.

** ونتناول كل وسيله من هذه الوسائل بالشرح فى مبحث فيما يلى:

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٥ ومابعدها.

(٢) راجع فى ذلك كتابنا الحق فى الحبس كوسيلة للضمان دراسة مقارنه ط ١٩٩٠م ولن نتناول هذا الموضوع بالشرح فى مرجعنا حيث نحيل فى ذلك إلى مرجعنا المذكور.

(*) انظر لمؤلفنا «الصورية فى القانون المدنى المصرى بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنه بالفقه الإسلامى» ط ١٩٨٧م دار النهضة العربية.

المبحث الأول
الدعوى غير المباشرة[1]

- تعريف:

تنص المادة (٢٣٥ مدنى) على أن:

«١) لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين، الا ماكان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز.

٢) ولايكون استعمال الدائن لحقوق مدينة مقبولا الا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد من هذا الاعسار، ولايشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى».

فالدعوى غير المباشرة نظام قانونى يخول للدائن أن يستعمل باسم مدينة حقوق هذا المدين ان لم يستعملها المدين نفسه.

وتهدف الدعوى غير المباشرة إلى حماية الدائن من تقصير المدين وذلك بالمحافظة على أموال مدينة لضمان استيفاء حقه بأن يتدخل بنفسه للمطالبة بحقوق مدينة التى لهذا المدين فى ذمة الغير. فمثلا اذا كان للمدين حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابة وأهمل فى هذه المطالبة، استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه.

فإستعمال الدائن حقوق مدينة على هذا الوجه يقصد به كما سبق القول المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها.

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٩ بند ٥٦٠ د/ السنهـورى المرجع السابق بند ٥٢٨ ص ١٢٣٠ ومابعدها، د/ محمد عمـران المرجع السابق ص ٧١ ومابعدها، د/سليمان مرقص المرجع السابق بند ٦٦٢، د/ جمال زكى المرجع السابق بند ٣٩٥.

وخلاصة القول: أن الدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها.

هذا وقد أستند المشرع في أعطاء الدائن هذه الوسيلة وهي الدعوى غير المباشرة التي يستعملها باسم مدينة للمحافظة على الضمان العام الى تقرير نيابة قانونية للدائن عن المدين في أستعمال الحق الذى لم يستعمله المدين: وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٣٦ الذى جاء فيه «يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين».

ولكن هذه النيابة القانونية تختلف عن النيابة العادية. في أن الأولى مقرره لصلحة الدائن وليست مقرره لمصلحة الأصل «المدين» كما في الأخيره. علاوة على أن النيابة القانونية ليست مطلقه بل هي محدده بحدود الهدف الذى قررت من أجله وهو المحافظة على الضمان العام.

شروط الدعوى غير المباشرة:

ترجع شروط الدعوى غير المباشرة إلى الدائن، والمدين والحقوق محل الاستعمال.. نشير إلى كل منها على الوجه الآتي:

(أ) الشروط التي ترجع إلى الدائن[1].

يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً ومحققاً: أى خاليا من النزاع فإذا نازعه المدين في وجود حقه وجب الفصل أولاً في النزاع. هذا ولايشترط أن يكون حقه مستحق الأداء أو معين المقدار ولايشترط أن

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم المرجع السابق بند ٦٢، د/ السنهوري المرجع السابق بند ٥٢ ص ١٢٢٣، د/ جمال زكى المرجع السابق بند ٤٠٠، د/ سليمان مرقس أحكام الالتزامات بند ٦٦٤.

يكون حقه سابقاً على حق المدين لدى الغير ويجوز للدائن بحق مضاف الى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف أن يستعمل حقوق مدينة قبل حلول الاجل أو فى فترة التعليق لأن للدائن حقا خلالهما يعتد به القانون.

- ولايشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً بسند تنفيذى: لأن الدعوى غير المباشرة ليست اجراء من إجراءات التنفيذ.
- أيضاً يمكن للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم مدينة دون اشتراط استصدار أذنا مسبقا من القضاء لأن نيابة الدائن عن المدين مقرر قانونا بمقتضى نص القانون كما سبق القول.
- ولايكون للدائن أن يتدخل باسم مدينه طالما قام المدين بالمطالبة بحقوقه لأنه فى هذه الحالة لايكون هناك مبرراً لتدخل الدائن.

(ب) الشروط التى ترجع إلى المدين:

ذكرنا أن النيابة القانونية تثبت للدائن لاستعمال حقوق مدينة بمقتضى الدعوى غير المباشرة لأن فى ذلك مصلحة للدائن تبرر ثبوت النيابة القانونية وهى المحافظة على الضمان العام ولكى تتحقق هذه المصلحة لابد من توافر مجموعة من الشروط فى جانب المدين وهى:

١) اهمال المدين فى عدم استعمال حقه بنفسه:

ومعنى ذلك أن الدائن لايتدخل فى استعمال حق مدينه الا اذا أهمل المدين فى استعمال حقه سواء كان هذا الاهمال متعمداً بقصد الأضرابدائنيه أو غير متعمداً. فإذا باشر المدين حقه بنفسه برفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بحقوقه فلا يحق للدائن فى هذه الحالة أن يبدأ مطالبة جديدة عن طريق الدعوى غير المباشرة وكل مايحق للدائن فى هذه الحالة هو الانضمام للمدين فى الدعوى التى رفعها. ويمكنه مراقبة المدين فى دعواه التى لايخسرها بسبب تراخيه أو تواطؤه.

٢) اعسار المدين:

أى يجب على الدائن لكى يباشر حق مدينة بالدعوى غير المباشرة أن يثبت أن اهمال المدين فى استعمال حقه من شأنه أن يؤدى الى اعساره، والمقصود بالاعسار هنا الاعسار الفعلى الذى تزيد فيه ديونه على حقوقه وليس الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما يشهره بشروط وإجراءات معينه[١].

أما اذا كان فى استطاعه الدائن أن يستوفى دينه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلن يصيبه ضرر من فوات الحق الذى يستعمله المدين فلا تكون له مصلحة فى استعماله مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق (م ٢٣٥ مدنى).

وعبء اثبات اعسار المدين يقع على عاتق الدائن بصريح نص المادة (٢٣٥ مدنى).

٣) ادخال المدين خصما فى الدعوى:

عندما يباشر الدائن صاحب المصلحة حق مدينه فإنه يفعل ذلك باسم المدين لا بأسمه هو. فهو نائب قانونى عن المدين ولذا وجب على الدائن أن يدخل المدين خصما فى الدعوى.

واذا ادخل المدين خصما في الدعوى فإنه يكون أمام أحد أمرين:

الأول: أما أن يباشر الدعوى بنفسه فيقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين.

والثانى: أن يتخذ المدين موقفاً سلبياً تاركاً للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه.

---

(١) انظر السنهورى المرجع السابق فقرة ٥٢٧ ص ١٢٤٢ ومابعدها، د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٦١ بند ٦٣.

- هذا ولايشترط اعذار المدين لكى يباشر الدائن حقه بالدعوى غير المباشرة لأنه لايقتصد بالدعوى المباشرة مباشرة إجراءات استيفاء حقه ولكن الدائن يستعملها فقط للمحافظة على الضمان العام[١].

(جـ) فيما يتعلق بالحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه:

يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين الماليه. أما الحقوق غير المالية فلا تقتضى مصلحة الدائن المطالبة بها لأنها لاتدخل فى الضمان العام فلايجوز له المطالبة بها. أما الحقوق المالية التى تتصل بشخص المدين أو غير قابل للحجز فتخرج من نطاق الدعوى غيز المباشرة أى لايجوز استعمالها باسم المدين[٢].

وعلى ذلك يمكن القول أن القانون استثنى طائفتين من الحقوق المالية للدائن المطالبة بهما:

الأولى: الحقوق غير القابلة للحجز:

فهذه الحقوق تخرج من الضمان العام للدائنيين وبالتالي لايجوز لهم التنفيذ عليها. فلا جدوي من استعمالها باسم المدين مثال ذلك:-

دعوي النفقه، وأيضا لايجوز له أن يطالب باسم مدينه باسترداد قطعه أرض مملوكه للمدين ان كان كل ما يملكه المدين لايزيد عن خمسه أفدنه غير قابله للحجز عليها طبقا للقانون رقم ٥١٣ لسنه ١٩٥٣م.

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ٦٢ ومابعدها، د/ عبدالفتاح عبدالباقى أحكام الألتزام فقرة ٨١ ص ١٣٨.

(٢) نقض ٢٣ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص١٥٥.

ثانيه: الحقوق المتصله بشخص المدين:

وهي تنقسم الي ثلاثه أنواع:

١) كافه الحقوق غير الماليه:

كما سبق القول تخرج من الضمان العام وبالتالي ليس للدائن مصلحه في استعمالها مثل: حق الطلاق، حق النسب حتي ولو أدي الي حقوق ماليه.

٢) الحقوق الماليه التي يقتضي استعمالها مراعاه اعتبارات أدبيه لايقدرها سوي المدين نفسه مثل: الحق في نشر مؤلف، حق الواهب في رفع دعوي للمحكمة لاعفائه من هبته بسبب ظروف خاصه.

٣) الحقوق الماليه التي يقتضي استعمالها مراعاه ظروف ادبيه ولكن استعمالها يترتب عليه المساس بحريه المدين الشخصيه (الرخص): فلا يجوز الاحلال محل المدين في ادارة أمواله كما لايجوز الاحلال محل المدين في زراعه أرضه أو في الغاء عقد أيجار أبرمه لكي يعقد له أيجار آخر بأجره أعلي ولايحق للدائن أن يقبل ايجابا موجها للمدين كما لايجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في الشفعه ويقال أن هذه مجرد رخص لاشأن للدائن في استعمالها ولاتمثل قيمه ماليه بذاتها حتي تدخل في الضمان العام.

- آثار الدعوي غير المباشره[1]:

ان الدائن يستعمل الدعوي غير المباشره باسم مدينه نيابه عنه للمحافظه علي الضمان العام. ويترتب علي ذلك آثار بالنسبه للمدين والخصم.

---

(١) انظر اسماعيل غانم بند ٦٤، د/ السنهوري بند ٥٤٧ حتي ٥٥٤، د/ جمال زكي بند ٤٠٣، د/ سليمان مرقس بند ٦٧١- ٦٧٤، د/ محمد عمران ص٧٩

(أ) آثار الدعوي غير المباشره بالنسبه للمدين:

ان المدين هو صاحب الحق الأصلي ولهذا يظل محتفظا به حتي بعد أن يستعمله الدائن باسمه. فله أن يرفع دعوى أخري. وتبقي له سلطاته بشأن هذا الحق كامله فله أن يتصرف فيه بكافه الطرق كالتصالح علي الدين أو الأبراء منه أو اجراء المقاصه.

- ويكون لمدين الحق في أن يفي بالدين للمدين ويكون وفاؤه صحيحا.

- واذا حكمت المحكمة بحقوق المدين فإنها تدخل في ذمته أي في ذمه المدين ضمن الضمان العام ولايختص بها الدائن بل يدخل مع باقي الدائنين في استيفاء دينه قسمه غراء. ولهذا من الاصلح للدائن لكي يختص بالحق الذي تحكم به المحكمة أن يتبع طريق حجز ماللمدين لدي الغير.

- والحق في الدعوي غير المباشره لايتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق بين الدائن والمدين علي عدم استعماله، ولكن انفاق المدين مع الغير علي اعتباره حق معين متصل بشخصه لايفيد الدائن[1].

(ب) آثار الدعوي غير المباشره بالنسبه للخصم (مدين المدين):

للخصم الحق في أن يدفع في مواجهه المدين. كالدفع ببطلان الدين أو انقضائه، وله أن يتمسك بكل اتفاق مع المدين متعلقا بالحق الذي يستعمله الدائن كصلح تم بشأنه.

- ولمدين المدين الحق في أن يطلب اجراء المقاصه القضائيه.

- وآذا ماحكم برفض الدعوي غير المباشره له أن يتمسك بذلك في مواجهه المدين والدائنين جميعا.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٦١.

- مقابلة الدعوي المباشره وغير المباشره[1]:

الدعوي المباشره لاتهدف الي المحافظه علي الضمان العام كالدعوي غير المباشره ولكنها تهدف الي تأمين الدائن بحمايته من خطر الخضوع لقسمه الغرماء مع باقي الدائنين في استيفاء ماله من الحق الثابت لمدينه في ذمه الغير. والوسيله الي ذلك ليست نيابه قانونيه يفرضها القانون للدائن عن المدين كالدعوي غير المباشره ولكن القانون يجعله دائنا مباشرا لمدين مدينه باسمه هو لاباسم المدين بأن يؤدي اليه ماكان يجب عليه أن يؤديه للمدين وذلك في حدود ماعليه للمدين[2].

- هذا ويترتب علي استعمال الدائن الدعوي المباشره نتائج أهمها:

١) اذا استعمل الدائن حقه في رفع دعوي مباشره علي اسمه علي مدين مدينه فإن مدين المدين يمتنع عليه أن يوفي به لغير الدائن. كما تمتنع علي المدين أن يتصرف فيه وتستبعد مزاحمه الدائنين الآخرين أي لايشترك مع الدائنين الآخرين في قسمه الغرماء.

٢) لاتثبت الدعوي المباشره للدائن الا بنص تشريعي خاص أي أوجدها المشرع علي سبيل الصر ومن ذلك:-

دعوي المؤجر قبل المستأجر من الباطن (م ٥٩٦)، ودعوي المقاول من الباطن والعمال الذين يستغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل قبل رب العمل (م ٦٢٢)، ودعوي كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر (م ٧٠٨). (وأيضا ماقرره قانون التأمين الاجباري علي السيارات من حق المضرور في رفع دعوي مباشره قبل شركه التأمين التي أمن بها المسئول علي السياره.

---

(١) انظر نقض ٢٩/٤/١٩٧٥- م نقض م ٢٦- ٨٤٤.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٦٧.

المبحث الثاني
الدعوي البوليصيه[1]
"دعوي عدم نفاذ تصرف المدين"

- الدعوي البوليصيه هي وسيله وضعها القانون تحت تصرف الدائن، بغرض حمايته من تصرفات مدينه التي قد يترتب عليها الاضرار به. فاذا تصرف المدين بسؤ نيه تصرفا ترتب عليه الانتقاص من أمواله اضرارا بدائنه فإن من حق هذا الدائن أن يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته. وهي بالتالي ليست دعوي يرفعها الدائن يطلب بمقتضاها ابطال التصرف الذي ابرمه مدينه. بل قصد بها فقط عدم احتجاج المتصرف اليه في مواجهه الدائن بالتصرف الذي أبرمه مع المدين. فهي اذن دعوي عدم نفاذ تصرف المدين قبل الدائنين. ويستمر التصرف قائما فيما بين المدين والمتصرف اليه ولهذا يقال أن الدعوي البوليصيه ليست دعوي ابطال التصرف ولكنها دعوي عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهه الدائنين.

- وتشترك الدعوي البوليصيه مع الدعوي غير المباشره في الهدف النهائي، وهو المحافظه علي الضمان العام ولذلك كان اعسار المدين

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بند ٥٦٧ ومابعدها ص١٢٩٧ ومابعدها، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٦٨ ومابعدها، د/ أنور سلطان جـ٢ أحكام الالتزام فقره ٣٩ ومابعدها، د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق، فقره ٨٩ ومابعدها، د/ محمد عمران ص٨٥ ومابعدها، د/ عبد الرازق فرج المرجع السابق ص٥٤ ومابعدها، د/ محمد لبيب شنب أحكام الالتزام فقره ٢٦٣ ومابعدها، د/ عبد الودود يحيي أحكام الالتزام فقره ٥١ ومابعدها.

شرطا ضروريا في الدعويين اذ لاتدعو الحاجه الي المحافظه علي الضمان العام الا إذا لم يكن هذا الضمان كافيا، بأن كانت التزامات المدين تزيد عن امواله.

- الا انهما يختلفان في ان الدعوي غير المباشره تعالج موقفا سلبيا، هو سكوت المدين المعسر عن استعمال حقوقه سواء أكان ذلك عمدا أو أهمالا. أما الدعوي البوليصيه فإنها تهدف الي حمايه وضع ايجابي للمدين، يطالب دائنه بعد ذلك بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته

- ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحده بعد الأخري، ولايستطيع الجمع بينهما في اجراءات واحده لأنهما دعويان مختلفان. فإذا ماطلب الدائن بأسم مدينه بحقوقه التي تقاعس عن المطالبه بها، فإن هذا لايمنع المدين- وفقا لما ذكرنا- من التصرف في هذا الحق. فان كان هذا التصرف منطويا علي غش من ذلك الدعوي البوليصيه أن توافرت شروطها[1] وقد عني المشرع في التقنين المدني الحالي بتنظيم أحكام الدعوي البوليصيه في المواد ٢٣٧- ٢٤٣ ونعرض فيما يلي لشروط الدعوي البوليصية، ثم للآثار التي تترتب عليها فيما يلي:-

---

(١) د/ محمد عمران المرجع السابق ص٨٦.

المطلب الأول
شروط الدعوي البوليصيه

- نصت المادة ٢٣٨ علي أنه "

١) اذا كان تصرف المدين بعوض- اشتراط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا علي غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف علي علم بهذا الغش، ويكفي لاعتبار التصرف منطويا علي الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر.

٢) أما اذا كان التصرف تبرعا فإنه لاينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النيه ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.

٣) اذا كان الخلف الذي انتقل اليه من المدين قد تصرف فيه بعوض الي خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، اذا كان المدين قد تصرف بعوض أو كان الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا".

ومن النص السابق أن شروط الدعوي البوليصيه تتعلق بالدائن والمدين، خلف المدين، التصرف المطعون فيه.

- **الشروط التي ترجع الي الدائن:**

١) **يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:** وهذا مانصت عليه المادة ٢٣٧ مدني بقولها "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء[١]، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى أعساره وذلك متي توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية[٢]»وعلى هذا ان كان التصرف غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل واقف أو معلقا على شرط واقف فلا يجوز الالتجاء الى الدعوى البوليصيه حيث أنها على خلاف الدعوى غير المباشرة ليست إجراء تحفظياً[٣]. ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن دائنا عادياً أو ممتازاً، دائناً بحق معلوم المقدار أو غير معلوم، كالمضرور فى عمل غير مشروع قبل تقدير التعويض المستحق له[٤].

٢) **أن يكون التصرف ضاراً بالدائن (م ٢٣٧):**

ولن يتحقق شرط الضرر الا إذا كان التصرف قد ورد على مال كان يستطيع الدائن أن يستوفى حقه منه. وعلى هذا فإن الدائن

---

(١) لايشترط الدعوى الغير مباشرة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بل يكفى أن يكون حق الدائن موجوداً خالياً النزاع بينما فى الدعوى البوليصية يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وفى هذا تختلف الدعوى غير المباشرة (انظر د/ السنهورى فقرة ٥٨٦).

(٢) المادة ٢٣٨ مدنى مصرى.

(٣) انظر د/ محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص ٦٣.

(٤) انظر د/ عبدالفتاح عبدالباقى المرجع السابق فقرة (٨٩)، د/ أنور سلطان المرجع السابق جـ١ فقرة ٣٩.

لايكون له مصلحة في رفع الدعوى إذا استوفى حقه من المدين أو من المتصرف إليه أو قام المتصرف إليه بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة (م ٢٤١ مدني). أيضاً لاتقبل الدعوى البوليصية إذا كان المال محل التصرف مما لايجوز الحجز عليه أو كان مستغرقاً بحقوق عينية مقرره للغير ومن ذلك أيضاً حالة ماإذا كان التصرف تنازلاً من جانب المدين عن حق متصل بشخصه كحقه في التعويض عن ضرر أدبي.

٣) يجب أن يكون حق الدائن سابقاً في وجوده على تصرف المدين المطعون فيه:

- وعلى ذلك لايجوز للدائن الالتجاء الى الدعوى البوليصية اذا كان حق الدائن لاحقا على التصرف المطعون فيه، وهذا الشرط يعتبر نتيجة لشرط الضرر اذ لن يتحقق الضرر الا اذا كان الدين سابقاً على التصرف.
- والعبرة بتاريخ نشوء الدين وليس بتاريخ استحقاقه أو تسجيله اذا كان من التصرفات التي تشترط التسجيل.
- **وعلى ذلك اذا كان الدين معلقا على أجل واقف أو شرط واقف وكان تاريخ نشوئه سابقاً على التصرف فانه عند حلول الأجل أو الشرط يحق للدائن أن يطعن بالدعوى البوليصية حتى ولو تحقق** الشرط أي الاستحقاق بعد إجراء التصرف المطعون فيه لأن العبرة كما ذكرنا بتاريخ وجود الدين.
- **أما بالنسبة لاثبات تاريخ نشوء الالتزام أي الدين فإذا كان الالتزام ناشئاً عن واقعة قانونية. فيكون اثبات تاريخ تحققها بكافة طرق الاثبات.**

- **أما اذا كان الدين ناشئا عن تصرف قانونى ثابتا فى ورقة عرفيه:**

الأصل أن الورقة العرفية ليست حجة فى الاثبات الا اذا كانت ثابته التاريخ (م٣٩٥) ولكن القانون المدنى خرج عن هذا الأصل واعتبرها بالنسبة لاثبات تاريخ نشوء الدين فى الدعوى البوليصية، وعلى المدين أن يثبت العكس بكلفة طرق الاثبات أو بالطعن بالتزوير فى الورقة[1].

- **الشروط التى ترجع الى التصرف المطعون فيه:**

نصت المادة ٢٣٧ على الشروط التى يجب توافرها فى التصرف التى يجوز الطعن فيه، اشترطت أن يكون التصرف «قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد فى إلتزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره.

ومن النص السابق نجد أنه يشترط شرطان فى التصرف المطعون فيه:

(أ) تصرف قانونى مفقر[2]: ومعنى ذلك أنه يلزم لكى نطعن بالدعوى البوليصيه أن نكون بصدد تصرف قانونى: أى اتجاه الارادة نحو احداث أثر قانونى معين كأن يهب المدين عقاراً مملوكاً لشخص آخر أو أن يبيعه بثمن بخس، وعلى ذلك لايمكن الطعن فى الاعمال المادية التى تصدر من المدين، فلو أضر المدين بالغير، والتزام قبله بتعويض الضرر. فإن الدائن لايستطيع الطعن بالدعوى البوليصيه فى العمل غير المشروع الذى نسب إلى المدين.

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٨١ ومابعدها.

(٢) انظر جلال العدوى رابطة الزلتزام ص ١٦٢.

- أيضاً يشترط فى التصرف القانونى أن يكون مفقراً: أى يزيد فى ألتزامات المدين: كأن يقترض فيلتزم برد القرض أو أن يقوم بالصرف على ممن لاتجب عليه نفقتهم. كما يكون التصرف القانونى مفقراً إذا كان من شأنه أن ينقص من حقوق المدين: كأن يهب المدين عينا مملوكه له أو أن يبيعها وهذا مايسمى بنقص حق عينى، أو أن يكون دائناً لآخر فيبرئه من دينه أى نقص حق شخصى.

- هذا وقد تنتقص حقوق المدين أو تزداد إلتزاماته لأسباب أخرى غير التصرف القانونى مثل: ترك المدين قطعة أرض له تحت يد الغير ليمتلكها بالتقادم. أو يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير يلتزم بتعويضه. تسبب انتقاص الحق فى المثال الأول وزيادة الزلتزام فى المثال الثانى واقعة مادية وليس تصرف قانونى وبالتالى لايجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصيه ولكن يمكن اتباع وسائل أخرى قررها القانون.

(ب) الأعسار: يجب أن يكون التصرف المطعون فيه من شأنه أن يسبب اعسار المدين أو يزيد من أعساره، أى تزيد ديون المدين المستحقه وغير المستحقه عن أمواله. أما أن يبقى المدين موسرا لايجوز الطعن فى تصرفه بالدعوى البوليصيه.

- وعبء اثبات الديون يقع على الدائن، المدين عليه اثبات أن أمواله تكفى لسداد ديونه (٢٣٩).

- الشروط التى ترجع إلى المدين، المتصرف إليه (الغش فى المعاوضات):

- يشترط فى التصرفات التى تتم بمعاوضه لكى يتم الطعن فيها بالدعوى البوليصيه **أن ينطوى على غش من المدين** وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ١/٢٣٨).

أي يشترط غش المدين وتواطؤ المتصرف إليه، ولايغني أحد الأمرين عن الآخر.

والمقصود بالغش في الدعوى البوليصيه هو نية الاضرار بالدائن، وهو بذلك يختلف عن التدليس كعيب من عيوب الرضا والذي تدخله طرق احتياليه ويقصد به خديعه المتعاقد الآخر. والعبره بوجود الغش عن ابرام التصرف المطعون فيه. ويكفي في اثباته ثبوت علم المدين في ذلك الوقت باعساره فيقوم ذلك قرينه قانونيه علي نيه الاضرار بالدائن ولكنها قرينه بسيطه اذ يجوز للمدين أن يثبت أنه انما قصد بتصرفه الحصول علي حاجاته الضروريه، أو كان يعتقد لأسباب مبرره أن اعساره وقتي، أو أن التصرف سيكون سببا في ترويج أعماله وعودته الي اليسار[1].

- ولايكفي غش المدين بل يتعين أن يثبت معه تواطؤ المتصرف اليه:

ويتحقق ذلك بعلمه بغش المدين ويعتبر عالما بذلك متي ثبت أنه أقدم علي أبرام التصرف وهو عالم بأنه يؤدي الي اعسار المدين او يزيد في اعساره. فإذا اثبت هذا العلم كان قرينه قانونيه علي التواطؤ، ولكنها قرينه بسيطه. إذ يستطيع المتصرف اليه د حضها بأثبات أنه رغم هذا العلم كان يعتقد بحسن نيه أن المدين لم يقصد الاضرار بالدائن كأن يكون التصرف الذي صدر اليه مألوفا تقتضيه حسن تجاره المدين أو صناعته أو زراعته[2].

---

(١) انظر السنهوري المرجع السابق بند ٥٩١، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٧١، د/جمال زكي المرجع السابق بند ٤١٠.

(٢) السنهوري المرجع السابق بند ٥٩١، د/ سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٨٦ (نقض ١٩٧٣/٢/٤م- م نقض م ٢٤- ١٢١٣).

-أما اذا كان التصرف تبرعا فلا ينفذ في حق الدائن وبالتالي لايشترط غش المدين أو تواطؤ المتصرف اليه اذ يكفي لعدم نفاذه في حق الدائن أن يؤدي الي اعسار المدين أو زياده اعساره عليم المدين بذلك أو لم يعلم، قصد به الاضرار بالدائن أو لم يقصد. فليس من المعقول أن ينفذ تبرع المدين في حق دائنه اذا لم يكن لديه مايكفي لسداد ديونه، ولايغير من الامر شيئا أن يكون المدين حسن النيه. فالدائن أولي بالرعايه ممن صدر له التبرع ولو كان الأخير حسن النيه[١].

- خلف المتصرف اليه:

نص المشرع في الماده ٣/٢٣٨ علي حاله خاصه وهي حاله ما اذا كان المتصرف اليه قد تلقي حقا عن الدين، فصار خلفا له، ثم تصرف فيه بدوره الي شخص آخر.

ونجد أن المشرع في الماده ٣/٢٣٨ لم يتعرض الا للغرض الذي يكون فيه التصرف الثاني معاوضه. ففي هذا الغرض وحده تتعين حمايه الخلف الثاني ان كان حسن النيه. أما اذا كان التصرف الصادر الي الخلف الثاني تبرع. فلا يعتد بحسن النيه.

ولهذا تجب التفرقه بين فرقين. كما تجب أيضا التفرقه داخل كل فرض منها بين ما اذا كان التصرف الاول تبرعا أو معاوضه.

الفرض الأول:

وفيه يكون التصرف الثاني تبرعا: ولايخرج الأمر عندئذ عن أحد أمرين:-

* اذا كان التصرف الأول (بين المدين والخلف الأول) معاوضا يكفي

---

(٢) د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٧٦/١٧٧ بند ٧١.

أثبات غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ولايشترط علم الخلف الثاني بالغش لأنه لم يتلق الحق بمعاوضه.

* اذا كان التصرف الأول (بين المدين والخلف الأول) تبرعا. فلا يشترط الغش من جانب أحد ولايكون نافذا في حق الدائن.

الغرض الثاني:

وفيه يكون التصرف الثاني معاوضه ولايخرج الأمر عندئذ أيضا عن أحد أمرين:-

* اذا كان التصرف الأول (بين المدين والخلف الأول أي المتصرف اليه الأول) معاوضه. لايصح للدائن أن- يتمسك بالدعوي البوليصيه الا اذا أثبت أن الخلف الثاني يعلم بالغش كما يجب أن يثبت علم الخلف الأول بالغش أي يشترط علم الجميع هنا بالغش: المدين والمتصرف اليه الأول والثاني(١).

* اذا كان المتصرف الأول (بين المدين والخلف الأول) تبرعا فلا يشترط اثبات غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا بل يكفي اثبات علم الخلف الثاني بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه الي الخلف الأول.

***

---

(١) د/ عبد الرازق السنهوري المرجع السابق بند ٥٩٢، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقره ٧٢.

المطلب الثاني
آثار الدعوي البوليصيه

- الدعوي البوليصيه ليست دعوي بطلان كما اسلفنا بل تهدف الي عدم نفاذ التصرف في مواجهه الدائن، ويترتب علي ذلك أن تصرف المدين لايبطل بل يظل قائما بالنسبه الي المدين ومن تصرف اليه. ولهذا نجد أن للدعوي البوليصيه آثار بالنسبه للدائنين وبالنسبه الي المدين .

- آثر الدعوي البوليصيه بالنسبه للدائنين:

يترتب علي الدعوي البوليصيه اذا ماقضي بقبولها عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في مواجهه الدائنين: فلا يستفيد من ذلك الدائن رافع الدعوي فقط. بل كافه الدائنين الآخرين ذوي الحقوق السابقه علي التصرف المطعون فيه[١].

فنصت الماده ٢٤٠ مدني علي أنه "متي تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم" وبالتالي يعود للمال موضوع التصرف الي الضمان العام ويعتبر أنه لم يخرج من الذمه الماليه للمدين، ويكون للدائنين التنفيذ علي هذا المال لاستيفاد ديونهم [٢]. فإذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه يتضمن انقاص حق من حقوق المدين، كبيع أو هبه أو ابراء فبالنسبه لجميع الدائنيين السابقه ديونهم علي التصرف- وهم وحدهم الذين

---

(١) انظر الوجيز السنهوري جـ١ ص٨٧٥، د/ أنور سلطان المرجع السابق فقره ٦٠ ص٥٦/٥٧، د/ محمد لبيب شنب المرجع السابق فقره ٢٦٩.

(٢) نقض ١٣ يونيه ١٩٧٢ س٢٣ ص١٠١٥.

يتحقق فيهم شرط اضرار التصرف بهم يعتبر أن المال الذي تصرف فيه المدين لم يخرج من الضمان العام، ويكون لهم التنفيذ عليه بديونهم كما ذكرنا سابقا وبالتالي لايجوز لدائني المتصرف اليه أن يشاركوادائني المتصرف في هذا التنفيذ.

أما اذا كان محل التضرف مبلغا من النقود سلم الي المتصرف اليه أو دينا أبرئ منه فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف، في تنفيذهم علي أموال المتصرف اليه للحصول علي المبلغ المستحق عليه، لقسمه الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصرف اليه. اذ أن دائني المتصرف في هذه الحاله لايطالبون بشئ معين بالذات، وأنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق علي كافه أموال المتصرف اليه وهي ضمان دائنيه[١].

- **أثر الدعوي البوليصيه بالنسبه للمدين ومن تصرف اليه:**

يبقي التصرف قائما صحيحا بين طرفيه؛ اذ أن الدعوي ليست دعوي بطلان أو أبطال لأن البطلان لايكون إلاجزاء عدم توافر أركان العقد أو نقص أحد شروط صحته. فإذا كان التصرف بيعا ظلت العين مملوكه للمشتري بحيث اذا بقي منها أو من ثمنها شئ بعد استيفاء دائني البائع حقوقهم السابقه علي البيع، كان الباقي من حق المشتري دون البائع، واذا كان التصرف منشئا لالتزام في ذمه المدين بقي قائما ويجب عليه الوفاء به[٢]. غير أن عدم نفاذ التصرف قد يؤثر في علاقه طرفيه فإذا كان التصرف بيعا كان

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٨٦.

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٧٩.

من حق المشتري الرجوع علي البائع بضمان الاستحقاق أو طلب الفسخ[1].

- يستطيع المتصرف اليه أن يتفادي الدعوي البوليصيه وبالتالي نفاذ التصرف اذا هو أدي الي الدائن رافعها ما هو مستحق له في ذمه المدين، أو اذا أودع خزانه المحكمه- لحساب الدائن رافع الدعوي ثمن المثل للشئ الذي أكتسبه فإذا كان قد اشتري مالا ولم يدفع الثمن استطاع أن يتفادي الدعوي البوليصيه اذا أودع ثمن المثل وليس فقط الثمن المتفق عليه - خزانه المحكمه.

- **طبيعه الدعوي البوليصيه**[2]**:** اختلفت الاراء علي طبيعه الدعوي البوليصيه: فذهب رأي: يقول بأن الدعوي البوليصيه ليست الا دعوي مسئوليه (م ١٦٣) ولكن يمكن الرد علي ذلك بأن الخطأ ركن في المسئوليه، وقد لايتحقق ومع ذلك لاينفذ التصرف مثل تبرع المدين للمتصرف اليه دون غش أو أهمال.

أما الرأي الراجح: فيري أن الدعوي البوليصيه: لها نظام مستقل بين النظم القانونيه فهي "دعوي عدم نفاذ تصرف للمدين في مواجهه دائنيه".

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بنود ٦٠٥، ٦٠٦- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند (٧٩)- د/ جمال زكي المرجع السابق بند ٣٦٤، د/ سليمان مرقص المرجع السابق بند ٦٩٢، انظر نقض ١٩٧٢/٦/١٣ م نقض م- ٢٣- ١١٠٥ الذي جاء فيه "الدعوي البوليصيه ليست في حقيقتها- وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمه- الا دعوي بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه، وليس الحكم الصادر فيها صحه العقد الصادر من المدين، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقدين منتجا كافه آثاره القانونيه بينهما.

(٢) انظر في بيان ذلك د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٠ ص١٨٨ وما بعدها- د/السنهوري نظريه العقد بند ٧٣٧.

- تقادم الدعوي البوليصيه:

نصت المادة ٢٤٣ مدني علي أنه "تسقط بالتقادم دعوي عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشره سنه من الوقت الذي صدر فيه التصرف".

ومن النص السابق نجد:-

١) أن الدعوي البوليصيه تتقادم بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بالتصرف المطعون فيه وبالاسباب المؤديه الي عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته. فلا يكفي أن يعلم الدائن بالتصرف المطعون فيه بل لابد من أن يعلم الدائن أيضا بغش المدين واعساره واذا كان التصرف المطعون فيه معاوضه، فيجب أن يعلم الدائن .

٢) كما تتقادم الدعوي علي أيه حال بمضي خمس عشره سنه تبدأ من يوم ابرام التصرف المطعون فيه. ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه الا في وقت متأخر.

المبحث الثالث
الدعوي الصوريه

- **نتناول من هذا المبحث:** تعريف وتحديد نطاق الصوريه، ومدي مشروعيتها وانواعها ثم نوضح أحكامها والفرق بينها وبين الدعوي البوليصيه في مطالب علي الوجه الآتي:

المطلب الاول
تعريف الصوريه والتمييز بينها وبين مايشتبه بها في القانون المدني

- في هذا المبحث نتناول بالشرح تعريف الصوريه مع التميز بينها وبين مايشتبه بها في القانون المدني المصري . مع عقد مقارنه بين التعريفين لبيان ماذا كانت.

الفرع الأول
الصوريه والتمييز بينها وبين مايشتبه بها في القانون المدني

- تعريف:

الصوريه: هي اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني[١]. فالصوريه يلجأ اليها المتعاقدان عاده لاخفاء حقيقه ماتعاقدا عليه بسبب قام عندهم، ومهما كان الشكل الذي تتخذه الصوريه فهي تشمل علي

---

(١) أنظر د/ جمال زكي «حسن النيه في كسب الحقوق» رساله دكتوراه فقره ١٣٦.

«وجود اتفاق خفي، يزدوج بالاتفاق الظاهر، ليعود أو يغير أو ينقل آثاره[١].

أي هي التفاق علي أخفاء الحقيقه

تحت ستار مظهر قانوني كاذب

والتعريف السابق يوضح لنا أن الصوريه تبني علي وجود اراده ظاهرد لطرفي الصوريه واراده باطنه أي مستتره لهما ايضا يخفيان ورائها التصرف الحقيقي. ولهذا يلزم أن نوضح موقف الفقه والمشرع الوضعي، والفقه الاسلامي من الاراده الباطنه والاراده الظاهره.

ماهيه الاراده الباطنه

والاراده الظاهره

- سنتناول بحث موضوع الاراده الباطنه والاراده الظاهره من خلال عرض موقف للفقه والمشرع الوضعي، والفقه الاسلامي علي النحو التالي:

- **الفقه الوضعي:**

الاراده الظاهره: هي المظهر الخارجي الذي تسلكه الكامن في النفس والذي لم تسلك مظهرا خارجيا للتعبير عنها. والاراده مسأله نفسيه، وأن القانون لايعتد بها، ولايرتب أثرا عليها الا اذا اتخذت مظهرا خارجيا، أي اذا عبر عنها. والشخص عند تعبيره عن ارادته قد يصدر منه تعبير لايتفق مع مايزيده أي اختلفت

---

(١) Ripert et Boulanger, traite elementaire da planiol 2 e edilion, paris- 1946- 1947 p 580.

الاراده الحقيقيه عن مظـهرها الخارجي، وهـو مايسـمي «بالتحفـظ الذهني» "reserve mentole" معينه علي سلعه أخري، أو اذا ذهب شخص لشراء سياره معينه، فأخطأ وأشار الي سياره أخري غير التي قصدها.

- فهنا هل يعتد بالتعبير عن الاراده الظاهره أم بالاراده- الحقيقه الباطنه؟[1]

- في الاجابه علي هذا التساؤل ظهرت نظريتان الاولي تسمي النظريه الالمانيه والثانيه النظريه الفرنسيه. سنعرضوهما علي النحو التالي موضحا موقف المشرع المصري منهما:

أولا: النظريه الالمانيه[2]:

ذهـب الفـقه الألماني الي اعطاء التعبير عن الارادة قيمه ذاتيه. فـهو الظاهـره الاجتماعيه التي تـصل الي علم الغـير ويركن اليها وينشأ عنها الأثر القـانوني[3]، ومن ثم فهـذا التعبـير هـو أساس الالتزام،

---

(١) انظر د/ عبد الودود يحيي الموجز في النظريه العامه للالتزامات «مصادر الالتزام طبعة ١٩٨١م ص٢٨- د/ عبد الناصر العطار نظريه الالزام في الشريعه الاسلاميه والتشريعات العربيه طبعه ١٩٧٥م ص٤١- د/ أحمد سلامه مذكرات في نظريه الالتزام- مصادر الالتزام ط١٩٧٨م ص٧٨- ٧٩ د/ جمال زكي الوجيز في النظريه العامه للالتزامات طبعه ٧٨ص ٧٠-٧١ بند ٣٨.

(٢) أنظر ريج، دور الاراده في تكوين العمل القانوني في القانون المدني الفرنسي والالماني طبعه ١٩٦١م ص١٥ ومابعدها ص١٢٩. ١٣١.

(٣) أنظـر ويـبير Ripert وبولانجـيه Boulanger علي وجيــز بلانيـول planiol جـ٢ فقره ١٧٨ طبعه ١٩٤٦- ١٩٤٧ باريس- كولان colin وكابيتان capitant
colin, at, captant, cours, elementaire, de, droit, ioe editien, par Julliol, DE, la Morandiere, p2N. 42. paris, 48.

وينبغي الوقوف عنده وحده حتي ولو كان غير مطابق مع الاراده الداخليه، لأن الجري وراء هذه الاراده يضيع الثقه المشروعه التي أحدثها التعبير عن طريق اطمئنان المتعاقد الآخر اليه[١]. أي أن هذا الاتجاه انبري الي الأخذ بالاراده الظاهره لأعتبارات عمليه وهي وجوب استقرار التعامل بين الاطراف. ولاشك في أن هذا المذهب كفيل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونيه، وأكثر استجابه لمقتضيات الائتمان.

وقد بلغت نظريه الاراده الظاهره أوج مجدها في فكر الفقهاء الألمان لاسيما في النصف الثاني من القرن ١٩.

ثانيا: النظريه الفرنسيه[٢]:

ذهب الفقه الفرنسي الي القول بوجوب الأخذ **بالاراده الباطنه**: أي بما قصدته الاراده لأنهم يرون أن التعبير عن الاراده ماهو الا وسيله الكشف عنها وبالتالي لاعبره بهذا التعبير اذ لم يكشف عن الاراده الحقيقه وهي الاراده الباطنه سواء كانت حقيقه أو مقترضه هي التي يجب التعويل عليها. وحلول هذه النظريه أو مقترضه هي التي يجب

---

(١) أنظر د/ أحمد سلامه المرجع السابق بند ٤٢ ص٧٨- د/ جمال زكي المرجع السابق بند ٣٨ ص٧١- ٧٢، د/ عبد الناصر العطار المرجع السابق ص٤١.

(٢) أنظر في عرض هذه النظريه سافيني saviyny موسوعه القانون الروماني ترجمه جينو Geunoux جزء ٣ ص٢٤٩ ومابعدها- أنظر أيضا جونو شيفاليه G.chevall اعلان الاراده في مشروع تنقيح التقنين المدني مجله القانون والاقتصاد السنه ١٢ العددان الرابع والخامس القسم الفرنسي ص٩٨، ص١٣٥- أنظر مازو Mazeaud دروس في القانون المدني جـ٢ فقره ١٢٢- انظر في الفقه المصري د/ السنهوري جـ١ فقرتي ٧٨، ٧٩- د/ أبو ستيت نظريه الالتزام سنه ١٩٥٤.

التعويل عليها. وحلول هذه النظريه ماهي الا نتيجه حتميه لمبدأ سلطان الاراده autonomie, dela volente وهو ماتأخذ به الشرائع اللاتينيه. الذي يستند بدوره في نظريه العقد الي اعتبارات خلقيه واضحه: مادام الالتزام يستند الي اراده الملتزم، فالعبره بارادته الحقيقيه فهي التي تنشئ الالتزام، لاالعلاقه الخارجيه التي تدل عليها وان كانت ضروريه لانشائه[1].

- هذا وبالرغم من ذلك نجد أن بعض الفقهاء الفرنسيين قد تأثر بنظريه الاراده الظاهره وذلك عندما بدأت النزعات الاجتماعيه تأخذ اهتماما لدي ر ال القانون[2].

- الا أنه بالرغم من الفوارق النظريه التي تبدو بين النظريتين نجد أنها من الناحيه العمليه ضئيله. فكل من النظريتين تقف عند المظهر الخارجي للاراده. ففي نظريه الاراده الباطنه تعتد بهذا المظهر باعتباره دليلا علي الاراده الحقيقيه. أما نظريه الاراده الباطنه فانها تعتد بالتعبير عن الاراده اذا عجز عن اثبات مخالفته لارادته، وكثيرا مايعجز خصوصا اذا أثبت تعبيره كتابه، لأنه لايجوز اثبات مايخالف الكتابه الا بالكتابه[3].

---

(١) أنظر د/ جمال زكي المرجع السابق ص٧١ جونو شيفاليه المرجع السابق ص١٣٤.

(٢) أنظر سالي في اعلان الاراده ط١٩٢٩ ص٥- جشيفاليه المرجع السابق ص٩٨.

(٣) أنظر مازو، دروس في القانون المدني جـ٢ فقره ١٣٣ طبعة ١٩٧٣م باريس- أنظر د/عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص٤٢-٤٣، د/ عبد الودود يحيي المرجع السابق ص٢٩- أنظر طعن رقم ١٠٠ سنه ٢١ق جلسه ١٠٥٣/٢/٢٤- الموسوعه الذهبيه جـ٧ ص١٩١ حيث جاء منها «متي كانت المحكمه اذ قررت أنه لايجوز لأحد المتعاقدين اثبات صوريه العقد الثابت بكتابه الا بكتابه قد استجلصت في حدود سلطاتها الموضوعيه بالأدله السائغه التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي فان الذي قررته هو صحيح في القانون.

- أما المشرع المصري فقد تأثر بنظريه الاراده الظاهره فالقانون لايرتب أثرا علي الاراده الا اذا تم التعبير عنها والتعبير عن الاراده لاينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه، ذلك أن التعبير بمجرد صدوره يكون له وجود فعلي ولكنه لايكتمل وجوده القانوني الااذا وصل الي علم من وجه اليه (م٩١ مدني مصري) وعلي ذلك نجد أن المشرع المصري أخذ اساسا بالاراده الظاهره لابالاراده الباطنه، ولكنه أيضا يأخذ بالملابسات التي تلازم هذه الاراده التي تساعد علي التعرف عليها. ومن ثم فان الاراده يجب الأخذ بها هي الارداه التي يمكن التعرف عليها [(١)]

- وعلي عكس ذلك يري بعض من الشراح[(٢)] أن التقنين المدني المصري قد بقي في حظيره التقنينات اللاتينيه، فالأصل عنده هو الأخذ بالاراده الباطنه، ولكنه مع ذلك يأخذ بالاراده الظاهره الي الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل فتأثر بالنزعه الألمانيه كما تأثرت بها التشريعات اللاتينيه.

- ولكن أري أنه اذا أمعنا النظر في موقف التشريع المصري بالنسبه للأخذ بالاراده الظاهره أم الباطنه نجد أنه اتجه بقوه الي الاخذ

---

(١) أنظر د/ عبد الرازق السنهوري بند ٨٠- د/ محمد عمران، الوجيز في آثار الالتزام طبعه ١٩٨٤، ص٢٦- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٩٣- د/ شمس الدين الوكيل رساله دكتوراه في Lavente. par. decret “volontaire en droit egyptien من جامعه باريس ١٩٥٢م.

(٢) أنظر د/ السنهوري الوسيط جـ١ ص٩٦- ٩٩ فقره ٨٠ ص١٩٤- د/ حشمت أوستيت فقره٩٥- د/ د/ أنور سلطان فقره٧٩- د/عبد المنعم فرج الصده فقره ٧٦- د/سليمان مرقس فقره ٧٧- د/ عبد الحي حجازي فقره ١١٠.

بالاراده الظاهره فهناك العديد من التطبيقات في التقنين المدني التي أخذ فيها بالاراده الظاهره منها:

(أ) النص في الماده ٢/١١ مدني بخصوص تصرفات المجنون والمعتوه علي أنه «اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجز فلا يكون باطلا الا اذا كانت حاله الجنون أو العته شائعه وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر علي بينه منها». ومن هذا التصرف نجد أن المشرع المصري أعتد أساسا بالاراده الظاهره دون الاراده الباطنه لانه لو كانت العبره بالاراده الباطنه لوجب القول ببطلان تصرف المجنون أو المعتوه حتي ولو كانت حاله الجنون غير شائعه وانعقاد العقد رغم حاله الجنون اذا كانت هذه الحاله غير شائعه لايستقيم الا اذا أخذنا بالاراده التي يمكن التعرف عليها[1].

(ب) وليس أبلـغ مما جـاء في المـاده (١/١٥٠ مدني) للـدلاله علي أن المشرع المصري أخـذ أسسا بالاراده الظـاهره عندما نص عـلي أنـه «اذ كانت عباره العقد واضحه فلا يجـوز الانحـراف عنها عـن طـريق تفسـيرها للتعـرف علي اراده المتـعاقدين». أي أن المشـرع أخـذ صراحـة بالاراده الظـاهره للأفـراد دون غـيرها.

- **مقارنه الصوريه بما قد يشتبه معها..** والتعـريف المذكـور للصـوريه قـد يدفـعها لاول وهـله الـي الـقول بانـها تتشابه مـع التـدليس

(١) أنظر د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٧.

والتحفظ الذهني، التزوير. ولكن اذا أمعنا النظر لوجدنا أن هناك أوجه اختلاف بين الصوريه وماقد يشتبه معها، ولهذا سنلقي الضوء علي الصور والحالات التي قد تشتبه معها علي الوجه الآتي:

- **الصوريه والتدليس** (Le dol)

التدليس: هو ايقاع المتعاقد عمدا في غلط يدفعه الي التعاقد أي استعمال طرق احتياليه بايهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقه.

بقصد ايقاعه في غلط يدفعه الي التعاقد(١)، ويسمي التدليس خداعا أو خدعه أو خلابه وهو نوع من الغش(٢).

وبمقارنه تعريف الصوريه بالتعريف السابق نجد أن الصوريه تختلف عن التدليس: من ناحيه الاطراف: فالصوريه تفترض قيام تدبير واتفاق بين الطرفين أي أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا، فلا يغش أحدهما الآخر فيكون كل منهما

---

(١) أنظر د/ أحمد سلامه في نظريه الالتزام طبعه ١٩٧٨م ص١٢٣.

(٢) د/ اسماعيل غانم النظريه العامه في الشريعه الاسلاميه والتشريعات العربيه طبعه ١٩٧٥م د/ عبد الناصر العطار نظريه الالتزام في الشريعه الاسلاميه والتشريعات العربيه طبعه ١٩٧٥م ص١٦١- د/ عبد الودود يحيي الموجز في النظريه العامه للالتزام «مصادر الالتزام» طبعه ١٩٨١م ص٩١- د/ محمد لبيب شنب دروس في نظريه الالتزام طبعه ١٩٧٧/٧٦م ص١٥٩.

علي بينه من الحقيقه وانما يقصدان معا غش الغير أو اخفاء أمر معين[١].

بعكس التدليس الذي ينبني علي استعمال طرق احتياليه بواسطه أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر وايقاعه في غلط يحمله علي التعاقد[٢] كما ذكرنا.

كما يختلفان أيضا من حيث الغرض: فيكون التدليس دائما عملا غير مشروع اذ يقصد به غش الغير، أما الصوريه فتكون أحيانا لغرض مشروع لايقصد بها الاضرار للغير. كشخص يريد أن يؤثر أحد أبناءه بشئ زائد من ماله، لما يراه فيه من جد واجتهاد في تكوين ثروته، فيعمل له هبه في صوره عقد بيع حتي لايثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته[٣].

---

(١) يفرق بعض الفقهاء بين التدليس dop والغش (Fraude) علي اساس أن التدل يكون قبل انعقاد العقد أو اثناء انعقاده. أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ويعيب تنفيذه، وأثر التدليس هو قابليه العقد للبطلان لمصلحه الطرف المخدوع. أما الغش: فاثره هو حق المغشوش في التمسك بالتنفيذ السليم للعقد أو في فسخه مع التعويض وقد يستخدم كل من اللفظين مكان الآخر، وقد استعمل القانون الفرنسي في المادتين ١١، ١١٥١ لفظ بدلا من لفظ dop Fraude انظر د/ عبد الناصر العطار المرجع السابق هامش ١ ص١٦١ حيث يري أن الغش أعم من التدليس، ويختلف التدليس المدني عن التدليس الجنائي والنصب لأن الاحتيال في الاخير عنصر مستقل وهو أشد جسامه منه في التدليس المدني- أنظر في ذلك د/ السنهوري الوسيط جـ١ ص٣٤٢- د/ كامل مرسي. شرح القانون المدني الجديد والالتزامات جـ ص١٣٥ بند ١٦٣ طبعه ١٩٥٤م- د/ لبيب شنب المرجع السابق ص١٦٣.

(٢) انظر استئناف أهلي ٥مايو ١٨٩٨ الحقوق ١٢ ص٢١٦.

(٣) أنظر في هذا المثال د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٧.

أيضا يختلفان من حيث طرق الاثبات بين الطرفين: فالتدليس واقعه ماديه يمكن اثباتها بكافه طرق الاثبات. أما الصوريه فهي تصرف قانوني، وبالتالي لايمكن اثباتها طبقا للقاعده الا بالكتابه فلا يجوز أثبات مايخالف الكتابه الا بالكتابه، ولو كان المبلغ أقل من عشرين جنيها. وهذا ما سنوضحه عندما نتحدث في هذا البحث عن اثبات الصوريه فيما بعد.

هذا ولايمنع أن تجتمع الصوريه مع التدليس في عقد واحد كان يتفق الطرفان علي ابرام عقد بيع صوري يستر عقد حقيقي، ويقوم المشتري باعطاء البائع ورقه ضده بتوقيع مزور تدليسا منه علي البائع[1].

---

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ١٨نوفمبر سنه ١٩٢٧ مجموعه عمر ٢ رقم٧٣ ص١٩٠ بأنه اذا اتفق شخصان لغرض ما علي انشاء عقد بيع صوري يبقي تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقه كاشفه عن الصوريه، فغش أولهما الثاني بأن جعله ورقه عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو انما كتبه شخص اخر باتفاقه معه، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثاني علي عقد البيع أمام الموظف الرسمي، ثم طعن البائع بصوريه العقد وبالغش في ورقه الضد فحكمت المحكمه بجواز اثبات الغش بالبينه والقرائن ثم قضت بابطال البيع طعن المشتري في الحكم بأن الواقعه التي اعتبرتها المحكمه غشا قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفي قولها بأن التوقيع علي هذا العقد كان تحت تأثير الغش كما ان المحكمه قد خالفت القانون اذ اجازت الاثبات بالبينه ضده علي اساس ان ورقه الضد تعتبر مبدأ ثبت بالكتابه مع انها لم تصدر منه. ومحكمه النقض رفضت الطعن لما تبينته من ان الامر بالتحقيق لم يؤسس علي وجود مبدأ ثبوت بالكتابه، بل كان لاثبات مايجوز اثباته بالبينه وغيرها وهي وقائع الغش المدعاه، فلما ثبت لمحكمه الموضوع أن الغش قد وقع من طرفي المشكوه عليه واحده متصله وقائعها بعضها ببعض، وان الغش قد لابسها من مبدئها الي نهايتها مما لاعبره معه بالوقت الذي سلمت فيه ورقه الضده.

- **الصوريه والتزوير** (Faux):

التزوير هو كما عرفه جارسون أنه «تغيير الحقيقه بقصد الغش في محرر باحدي الطرق التي نص عليها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا»[١].

- وقد رأي البعض أن هذا التعريف قاصر لانه لم يشر الي المضمون القانوني للمحرر. لأن القانون يحمي الثقه التي توضع في المحررات وليس شكلها ولذا يجب أن يكون للمحرر قوه اقناع تنبعث منه وأن تكون هذه الأمور المدرجة بالمحرر والتي يوحي بالثقه فيها ذات أثر قانوني، ولهذا أضاف جارو الي التعريف قيد وهو: «أن يكون تغيير الحقيقه منصبا علي واقعه مايصلح المحرر لاثباتها به»[٢].

ومن التعريف السابق نجد أن عناصر التزوير هي:

- تغيير الحقيقه في محرر بطريقه مما ذكره القانون.

---

(١) أنظر جارسون (في المواد ١٤٥- ١٤٧ نبذه رقم ١٩. أنظر د/ السعيد مصطفي السعيد جرائم التزوير ص٧٦/٧٧، د/محمود ابراهيم اسماعيل جرائم الاشخاص والتزوير نبذه ٣٦٥- ٢١٦، د/ رؤوف عبيد جرائم التزييف والتزوير في القانون المصري ص٥٨ طبعه ١٩٥٤- د/ عبد الميمن بكر القسم الخاص في قانون العقوبات ص٤٥٧ ومابعدها طبعه ١٩٧٦/١٠٧٧م.

(٢) أنظر جارو- مطوز العقوبات- ٤- ١٣٥٤.

Le faux re constitue par une alteratien froudùleuše de la verite dans un ecrite, alteratien poratnt pur des faits que cet ecrit etait apte a prouver et rusceptibles de causer un prejudice

- حدوث ضرر أو من الممكن ترتبه.

- أن يكون الفعل قد صدر بقصد جنائي.

وبمقارنه تعريف وعناصر التزوير بتعريف وعناصر الصوريه نجد أن الصوريه تختلف عن التزوير، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصوريه ومتواطئ عليها مع الآخر وفي الصوريه نجد أن المتعاقد بعقد صوري يتعاقد علي ما له شخصيا من حقوق أو صفات وبالتالي لايتصرف في مال غيره أو حقوقه أو صفاته، ولكنه يتصرف في شئ خاص بشخصه، فاذا ترتب علي تصرفه هذا ضرر بالغير فانه يكون عن طريق غير مباشر.

ومثال الضـرر غير المباشـر مايحدث اذا قام شخص ببيع منـزله الي آخر، ولكي يمنع جاره من الأخذ بالشفعه اتفق مع المشتري علي اخفاء حقيقه البيع وترك الجزء المجاور لأرض الجار في العقد الصوري فحددوا العقار المبيع فيـه بحدود غير حدوده الحقيقيه المتفق عليها في العقد الحقيقي المستتر. فقصر البائع في هذه الحاله قائم علي ملكه الشخصي وله بطبيـعه الحال أن يبيعه كله أو ينقص جزء فيه لأن ذلك داخل في حدود ملكيته، وأن ملكـيته وأن ترتـب علي ذلك اضراره بجاره، فليس معني ذلك أنه خرج في تصرفه عن حقوقه الشخصيه، وما علي الجار الا أن يسلك الطريق المدني لاثبات الصوريه[1].

بعكس التزوير: فان المزور يتعدي بفعله علي حقوق الغير اما باغتصاب حق أو صنعه ذلك الير بواسطه المحرر المزور اما بنسبته الي

---

(١) أنظر في هذا المثال د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٩٥.

ذلك الغير فعلا أو صنعه لاحقيقه لهما، فتزويره وغشه يقع دائما علي حقوق الغير مباشره[١]. ومن أمثله ذلك مايسلكه المدين عندما يتم الحجز علي أمواله سدادا لديونه حيث يقوم ببيعها الي أخر بعقد صوري جعل تاريخه سابقا علي الحجز، ففي هذا التصرف لم يخرج المدين في تصرفه هذا عن حدود مايملكه وان ترتب علي ذلك اضرارا بالدائن الحاجز، وتهريب أمتعته من الحجز، ولكن للدائن أن يسلك في ذلك الطريق المدني لاثبات الصوريه[٢].

وخلاصــه القــول ان الصــوريه تتمــيز عـن التزوير أن كلا الطرفين عالم بهـا ومن ثم لايجوز الطعن في عقـد بالتـزوير لصـوريتـه[٣].

- **الصوريه والتحفظ الذهني** "veserve, mentale"

التحفظ الذهني هو: استقلال أحد المتعاقدين دون أن يتفق مع المتعاقد الآخر باظهاره اراده واخفاء أو ابطان اراده أخري. تختلف عن الأولي، فارادته الظاهـره غير جديه اذ تحفظ ذهنيا باراده باطنه تختلف عنـها.

---

(١) أنظر في هذه التفرقه: جارو جزء ٤ فقره ١٣٨٥- حكم محكمه النقض المصريه الدائره الجنائيه في ١٩٤١/١/٢٠ (مجموعه القواعد لمحمود عمر) جزء ٥ رقم ١٨٨ ص٣٥٦ وأسباب الحكم ص٣٥٩- أنظر أ.د/ علي راشد شرح قانون العقوبات المصريه «القسم الخاص» جـ١ طبعه ١٩٤٩م ص٣٢٠- ٣٢٨.

(٢) انظر في هذا المثال د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٩٥/٩٦.

(٣) أنظر استئناف أهلي ٥ مايو سنه ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص٢١٦.

وبالرجوع الي تعريف الصوريه والتحفظ الذهني نجد أن هناك أوجه اتفاق، وأوجه اختلاف بينهما:

- **فبالنسبه لأوجه الاتفاق:** نجـد أن الصـوريه تتفـق مـع التحفـظ الذهـني في أن كليهما ينبني علي وجود اراده مستتره وراء اراده ظاهـريه.

- ومما سبق نجد أن التحفظ الذهني يقع في اراده أحد المتعاقدين فقط دون المتعاقد الآخر وفي هذا يختلف التحفظ الذهني عن الصوريه التي تكون فيها الاراده الظاهره مختلفه عن الاراده الباطنه بالنسبه لطرفي التعاقد، فالصوريه تعبير عما اتفق عليه كل من المتعاقدين لاواحد منهم فقط لأنهما اشتركا معا في ايجاد المظهر الكاذب[1].

- **الصوريه والاتفاق الاضافي**[2] "contrarius, consens" us

الاتفاق الاضافي: هو عقد جدي جديد بارادتين جديدتين جاء معدلا لاتفاق سابق جدي كليا أو جزئيا فقد يكون حسب الاحوال ابراء من دين أو فاسخا أو استبدال لدين. فمثلا: اذا اتفق الطرفان علي عقد ايجار، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجره فخفضاها، لم يكن هناك عقد

---

(١) أنظر د/ شمس الدين الوكيل: اداره الالتزام الارادي في القانون المصري، رساله دكتوراه، باريس ١٩٥٢م ص٧٦-١٩٥.

(٢) أنظر د/ السنهوري الوسيط جـ٢ بند ٦١٥ ص١٣٩٨ طبعه ٨٣-١٠- د/ أحمد نشأت في الاثبات فقره ٢٤٤ وفي الفقه الفرنسي:

Demogue, troite, de, obligatiens, en, general, I.P. 244 paris, 1932-1933.

صوري وعقد حقيقي بل هناك عقدان حقيقيان الأخير فيهما لبدل الأول، وعليه فتطبيق القواعد العامه من حيث سريانه علي المتعاقدين وعلي الغير علي السواء. ويمكن الطعن فيه بالدعوي البوليصيه (م٢٢٧ مدني مصري) اذا توافرت شروطها.

أما الصوريه: فيوجد فيها عقدان أحدهما غير جدي وهو العقد الظاهر يستخدم ستارا لعقد أخر وهو العقد المستتر، وهذان العقدان متعاصران بعكس الاتفاق الاضافي فان أحدهما يكون لاحقا للآخر.

المطلب الثاني
مدي مشروعيه الصوريه
في القانون المدني

- لكي نوضح مشروعيه الصوريه يلزم أن نتناول أغراض الصوريه بالبيان لكي نستطيع الاجابه علي التساؤل الخاص بحقيقه مشروعيه الصوريه من عدمها.

- **ذكر بعض الفقهاء أن للصوريه أغراضا مشروعه والتي بسببها أوجدها المشرع بين ثنايا نصوص التقنين المدني، ومن أمثله الاغراض المشروعه التي ذكرت في مجال الصوريه:**

- أن يقصد المتعاقدان اظهار أحدهما بمظهر الثراء باستكمال النصاب المالي المطلوب للترشيح لوظيفه معينه تستلزم توافر هذا النصاب كالترشيح لمركز العمديه مثلا[١].

ولكن هل حقيقه هذا التصرف يعتبر مشروعا طبقا للرأي القائل به؟ كيف يكون هذا الغرض مشروعا والقصد منه التحايل علي الغير وغشهم وخداعهم؟ ففي هذا المثال نجد أن الشخص يتحايل علي القانون الذي يتطلب شروطا معينه في شغل الوظيفه، فيلجأ الي ابرام تصرفات صوريه مع الغير لاستكمال تلك الشروط. فهل من الاخلاق أن نلجأ الي الغش والي الصوريه لتحقيق هذا الغرض اللا أخلاقي. أن مايراه

---

(١) أنظر د/ عبد الرازق السنهوري الوسيط جـ٢ ص١٣٩٣ بند ٦١٠ ط١٩٨٢ د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٠١ بند ٨٢، د/أحمد مرزوق المرجع السابق ص٧. أنظر الصوريه في ضوء الفقه والقضاء للمستشار عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي ص٢٢ طبعه ١٩٨٦م.

البعض من هذا الغرض مشروعا. انما هو من وجهه نظرنا منافي تماما للحقيقه التي تشهد بأن هذا التصرف مشروع وينافي مبادئ الاخلاق التي تنشدها شريعتنا الاسلاميه الغراء والتي دائما ماتحض علي التمسك بالخلق وحسن النيه والصدق في ابرام التصرفات القانونيه.

- ومن الامثله التي ذكرت في مجال الاغراض المشروعه للتصرفات الصوريه: هو مايقصده المتعاقدان من اظهار أحدهما بمظهر الثراء لكي يتمكن من الانخراط في جمعيه أو شركه أو مظاهره أسره معينه تلزم هذا الثراء(١).

أن هذا التصرف أيضا لايمت الي المشروعيه بصله. فكيف نطلق علي تصرف كان القصد من ورائه هو خداع وغش الغير بأنه مشروع؟ فأين المشروعيه في ذلك التصرف الذي من شأنه ايهام الغير بحقيقه كاذبه. ان اساس أي تصرف مشروع هو أن يحقق قصد المتعاقدين في اطار من القانون وعدم المخالفه للنظام العام أو الآداب وعدم الاضرار بالغير وهو مالم يتحقق في هذا المثال.

- كما قد يقصد من وراء التصرف الصوري ايثار البعض علي البعض الآخر كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشئ زائد من ماله مكافأه له علي اجتهاده فيلجأ الي ابرام عقد هبه في صوره عقد بيع حتي لايثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته(٢).

---

(١) انظر د/ السنهوري المرجع السابق بند ٦١٠ ص١٣٩٤- د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٧، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٩١ بند ٨٢.

- انظر الصوريه للمستشار عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي ص٢٢.

(٢) انظر في هذا المثال د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٦/٧.. أنظر المستشار عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص٧٩.

وفي المثال المذكور أي غرض مشروع يرجي من وراء هذا التصرف هل ايثار وتفضيل بعض الابناء علي البعض الآخر عمل مشروع تحت ستار التصرف الصوري؟ يكفي للرد علي ماذكر في المثال ما جاء بهذا المثال من أن الأب يتستر تحت تصرف صوري حتي لايثير البغضاء والشحناء بين أفراد الاسره فالتصرفات الصوريه من شأنها أن تؤدي الي انعدام الثقه والاستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع.

- ذهب البعض الي القول بأن الأخذ بالصوريه يساعد علي توسيع دائره التصرفات القانونيه[1].

ومن أمثله ذلك في القانون الروماني: استخدامها أي استخدام دعوي الصوريه كطريقه لنقل الملكيه من شخص الي آخر، فتوفع في صوره دعوي الاسترداد (aetion en, revendicatis) وتتخلص في أن من يريد اكتساب شئ من آخر علي سبيل البيع أو الهبه مثلا تنفيذا لاتفاق سابق، أي يرفع دعوي الملكيه أي الاسترداد (aetion, en, revendicatis) علي البائع أو الواهب أمام الحاكم القضائي ويقرر المكتسب بأنه مالك للشئ المراد ملكيته طبقا لاحكام القانون المدني، ثم يسأل «البريتور» الناقل اذا كان لديه وجه للاعتراف. فاذا سكت أو جاب سلبا حكم القاضي بالحاق الشئ لملكيه المكتسب[2].

---

(١) أنظر د/ علي بدوي، مبادئ القانون الروماني ص٢٩- د/عبد المنعم بدر المرجع السابق ص٢١/٢٢- أنظر جايوس: ٢-١٦٨:٢-٢٤- كيك، نظم القانون الروماني في العهد القديم ص٤٤٢.

(٢) انظر د/ علي بدوي المرجع السابق ١١٢/١١٣- د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٢٨.

ويمكن القول أنه بعد التطور الذي حدث في مجال القانون وانتشار الرضائيه في غالبيه التعاقدات وانحسار الشكليه في عقود نادره لنقل الملكيه. لم تعد في حاجه الي اللجوء الي الصوريه لاختلاق تصرفات قانونيه عن طريق التحيل علي القانون. لان من عوامل عدم الاستقرار في المجتمع هو اللجوء الي مخالفه القواعد القانونيه عن طريق ابتداع طرق احتياليه نلجأ اليها لكي نحقق أغراضا غير مشروعه. لانه من المقرر قانونا أنه يحرم أن يعمل بطريقه غير مباشره مالا يمكن أن يعمل بطريقه مباشره.

- تلك بعض الأمثله التي ذكرت بخصوص الاغراض المشروعه التي تستخدم فيها الصوريه ولكن اذا عددنا الاغراض الغير مشروعه التي تستخدم فيها الصوريه لوجدناها كثيره فجل أغراض الصوريه غير مشروعه، فهي اما الغش والاضرار بحقوق الغير prude auxtiers، واما الغش نحو القانون العامه Fraudeum واما الغش نحو القانون Fraude ela loi.

(أ) أما بخصوص الغش نحو الغير فله صور عديده منها[1]:

- قد يقصد المتعاقدان الاضرار بالشفيع. بأن يُخفيا البيع تحت

---

(١) انظر في ذلك د/ عبد الرازق فرج الوسيط جـ٢ ص١٣٩٢ ومابعدها- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٩٨/١٩٩، د/ أنور سلطان جـ٢ أحكام الالتزام فقره ٧٠ ص٦٢- د/ عبد الفتاح عبد الباقي أحكام الالتزام فقره ٤٠٣ د/ سليمان مرقس الوجيز في النظريه العامه للالتزام فقره ٦٩٦- د/ محمد عمران الموجيز في آثار الالتزام ط١٩٨٤م ص١٠٤- د/ جمال زكي الوجيز في النظريه العامه للالتزامات طبعه ١٩٧٨م ص٨٠٩/٨١٠- انظر في الفقه الفرنسي:

Ripert et Boulanger traite elementaire, de droit civil, de droit civil, de marcel, planiop 22 p. 586 sdition paris 1946- 1947.

- Mazeaud (H. et I etj) Iecons de,droit civil5. p 807. editien por juglart, paris 1973.

ستار الهبه أو ذكرا ثمنا أكبر من الثمن الحقيقي لمنع الجار من أن يشفع في العقار المبيع.

- كذلك قد يلجأ اليها المدين للاضرار بدائنيه عن طريق ابرام عقد بيع صوري مع الغير لاخراج أمواله محل التعاقد من الضمان العام الذي يستطيع الدائنين الحجز عليه لاستيفاء دينهم.
- وكالمورث الذي يوصي لاحد الورثه أو لأجنبي بأكثر من الثلث فيصب الوصيه في صوره عقد بيع اضرار بحقوق الورثه.
- أو ما يقدم عليه المتعاقدان من تقديم تاريخ العقد الذي ينعقد في مرض الموت ليجاز تصرفه في مواجهه الورثه، وحتي لايعتبر تبرعا فتسري عله أحكام الوصية (م ١/٩٩٦ مدني مصري).

(ب) قد لجأ المتعاقدان الي الغش للاضرار بخزانه الدوله:

كأن يذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهربا من دفع جزء من رسوم التسجيل.

(ج) كما قد يلجأ الي الصوريه للتحايل علي القانون والغش نحوه:

ومن أمثله ذلك قيام المتعاقدين بستر عقد الهبه في صوره عقد «بيع صوري» للتهرب من الرسميه التي تتلزمها الهبه. ومن صور الغش أيضا نحو القانون ما قد يلجأ اليه البعض- عندما يحرم عليهم القانون بسبب صفتهم أن يقوموا بابرام تصرفات معينه بأن يعمد المتعاقدان تحايلا علي القانون الي اخفاء شخصيه المشتري مثلا تحت ستار شخصيه أخري. أي يتم التصرف لحساب شخص آخر غير الشخص

المذكور في العـقد ومن قبـيل هذا ما نـص عليه المشرع الضعي في الماده ٤٧١ من التقنين المدني من أنه «لايجوز للقـضاه ولا لأعـضاء النيابه ولاللمحامين ولالكتـبه المحاكم ولاللمحـضرين أن يشتروا لابأسمائهم ولاباسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضة اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمه التي يباشـرون أعمالهم في دائـرتها، والا كان البيع باطلا». ومنها أيضا ما نص علية المشرع في الماده (٤٧٢ مدني مصري) علي أنه «لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلـيهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار والا كان العقد باطلا».

- **خلاصه القول** أن كل أغراض الصوريه سواء ماذكرها البعض علي أنها مشروعه والأغراض الأخري غير المشروعه. ماهي الا غش وتحايل كما ذكرنا حتي أصبحت كلمه الصوريه مرادفه لكلمه الغش (fraude) ويحدونا هذا ان نذكر العبارات التي ذكرها بعض الفقهاء في وصف الصوريه ومنها ماذكره الفقيه الفرنسي فريير "ferrieie" من أن الصوريه «طريق ملتوي يلجأ اليها المتعاقدون ليأخذوا بالشمال ماأعطوه باليمين أو ليخفوا بعقد ماتعاقدوا عليه، أو من تعاقد ليوهموا الناس بوجود عقد لاحققة له أو ليضلوا الغير عن حقيقة التعاقد أو ليحجبوا عن أعين الناس معرفة المتعاقد الحقيقى، وبالجملة فإن الصورية تحاك بمهارة للخداع والغش ولا يلجأ اليها الا كل مخاتل كذاب»[١].

---

(١) Refente, de, dietionn, aire de droiteet de fnatique ferriere.
انظر رسالة ايتين باتان فى نظرية ورقة الضد طبعة ١٧٤٠ ص ٩٠ – ٩١.

وأيضاً أطلق البعض على طرفى التصرف اسم «الخابلين»[١] وأسماهم البعض الآخر الغشاشين fraudeurs [٢]. ودعا البعض بسبب خطورة الصورية الى اعتبارها جريمة جنائية[٣].

(د)-وأمام كل تلك الحقائق التى وصفت الصورية ماهو موقف المشرع المصرى من كل ذلك؟

اذا راجعنا موقف المشرع المدنى المصرى بخصوص الأخذ بالصورية من خلال نصوص التقنين المدنى نجد أنه نص عليها فى المواد ٢٤٤، ٢٤٥، وباستعراض الاحكام التى نص عليها المشرع المصرى نجد أنه وقف موقف المتردد بين الاعداد بالتصرف الصورى، أو رفضه وعدم الاعداد به فنجد أنه نص فى م ٢٤٤ مدنى بالنسبة لآثار الصورية تجاه الغير على أن فى حالة تعارض مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأصلية للأولين أى الذين تمسكوا بالعقد الظاهرى (الصورى) بينما نجد فى موقف آخر يعارض الأخذ بالعقد الصورى وينص فى المادة ٢٤٥ مدنى على أنه «اذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين

---

(١) أنظر د. احمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى ص ٤٤١. جاء فى المصباح المنير باب الخاء مع الباء ومايثلثهما «الجب بالكسر الخداع وفعله خب خباً من باب قف ورجل جب تسميه بالمصدر وخب فى الامر خبباً من باب طلب أسرع الأخذ فيه ومنه الخبب لضرب من العدو وهو خطو فسيح دون العتق».

(٢) C. denolombe: troite de contrats, ou, des obliga- tions, conventiannelles, en; genera 129 xxix, p 273- 79- 1879.

(٣) أنظر الأستاذ عزيز خانكى بحثا فى مجلة القانون والاقتصاد تحت عنوان «الصورية ووجوب اعبارها جريمة جنائية» السنة ٧ العدد ٣ ص ٤٢٨.

المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي» وبمقتضى نص هذه المادة يظهر لنا أنه فيما بين المتعاقدين والخلف العام العبرة بالعقد الحقيقى أى بالعقد المستتر أى بورقة الضد. ولكن اذا أمعنا النظر فى هذا الموقف من المشرع المصرى نجد أنه يشجع على الاخذ بالصورية والعمل على اتساع نطاقها. لأنه بهذا التصرف يساعد أطراف الصورية على الاضرار بالغي بل يشجعهم على ذلك فعندما تنعكس على الاطراف آثار الصورية الضارة نجدهم بناء على نص المادة ٢٤٥ مدنى يستطيعون تلافى هذه الآثار بالتمسك بورقة الضد أى بالعقد المستتر الذى يعتد به القانون فمثلا يستطيع المدين أن يضر بدائنيه بالتصرف فى أمواله بالبيع الصورى مع الاحتفاظ بورقة الضد التى تنص على أن هذا البيع ليس له أساس من الصحة وبالتالى يلافى المدين بناء على ذلك قيام الدائني بالتنفيذ على أمواله لسداد ديونهم، وهنا نجد أن المدين أضر بالغير واستفاد من هذا الموقف أيضاً من خلال تهريب أمواله بالبيع الصورى، (فى نفس الوقت ساعده القانون على ذلك عندما نص على الاعتداد بورقة الضد اذا ماتمسك المشترى الصورى بالعقد الصورى أى الظاهرى فى مواجهته. اليس فى ذلك الموقف من المشرع تشجيعا على اتساع نطاق التصرفات الصورية. فلو أن المشرع الوضعى لم يعتد بالعقد المستتر «ورقة الضد» فيما بين المتعاقدين وأعتد أساسا بالعقد الظاهر أستناداً الى الارادة الظاهرة التى كثيرا مايبنى عليها الناس معاملاتهم. ماذا كان سي[illegible] كنا سنجد أن أطراف الصورية سيترد دون أكثر من مرة قبل الاقدام على ابرام مثل تلك التصرفات اللا أخلاقية فمثل هذا البائع المدين كان سيتردد أكثر من مرة فى اجراء مثل هذا التصرف الذى

سيكون فى هذه الحالة تصرفا نهائياً لا عـودة فـيه وبالتالى لن يقدم عليه خشية فقد أمواله بعكس موقف المشرع الحالى من الاعتداد بورقة الضد الأمر الذى بمقتضاه استطاع الاضرار بالغير. فيجب على الشخص الى يغنم من وراء اجراء التصرف الصورى «الظاهرى» بتلافى قيام دائنيه بالحجز على أمواله لسداد ديونهم. أن يغرم وهذا الغرم يجب أن يكون عدم الاعتداد فيما بين أطراف الصورية بورقة الضد. ومن يقصد الاضرار بالغير يجب أن يرد عليه قصده وهو عدم الاعتراف بورقة الضد فيما بين المتعاقدين. بعكس ماذهبت اليه المادة ٢٤٥ مدنى التى ساعدت أطراف الصورية على الغنم دون الغرم.

وأزيد فى القول بأنه اذا كان المشرع المصرى قد سلك هذا التصرف وهو عدم الاعتداد بورقة الضد فيما بين المتعاقدين والخلف العام لساعد على تلاشى التصرفات الصورية مطلقا. **لأنه ما السبب فى جعل التصرف صوريا؟**. السبب فى ذلك هو وجود عقد مستتر «ورقة الضد» يستند اليها المتعاقد الصورى اذا ماأضير من التصرف الذى أبرمه كأن يتمسك المتعاقد الآخر ودائنيه بالعقد الظاهر. فهنا يتحرك ويتمسك بورقة الضد. فإذا لم نعتد بورقة الضد سنجد أن المتعاقد مالك الشئ محل التعاقد يتردد أكثر من مرة، وكذلك المتعاقد الآخر الذى يقبل الشراء بسعر مرتفع ظاهرياً - استنادا الى السعر الحقيقى بورقة الضد - أضراراً بالشفيع مثلا فى ابرام تلك التصرفات التى بالتأكيد ستركن الى الحقيقة المجردة وهنا تتلاشى التصرفات الصورية.

ومما سبق نجد أن المشرع المصرى قد حض على القيام بالتصرفات الصورية دون أن يقصد ذلك من خلال مسلكه الذى نص عليه فى المادة ٢٤٥ مدنى والذى تم ايضاحه سابقاً ذلك المسلك الذى يخالف القاعدة الشرعية التى تقول «أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» واذا كانت تلك هى. مشروعية الصورية فى القانون المدنى المصرى.

المطلب الثالث

أنواع الصورية القانون المدنى(١)

اولا:- الاساس القانونى لتقسيمات الصورية:

استقر الفقه المصرى على تقسيم الصورية الى نوعين صورية مطلقة، وصورية نسبية. وتد ـه فى ذلك محكمة النقض(٢).

ولكن هذا يدفعد الى التساؤل عن الاساس القانونى الذى استند اليه الفقه والقضاء فى تقيم الصورية الى"

صورية مطلقة: وهى التى تتناول وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لاوجود له فى الحقيقة، وإلى **صورية نسبية** وهى التى تتناول نوع العقد او ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقد؟.

بالبحث بين ثنايا نصوص القانون المدنى وخاصة التى تناولت

---

(١) انظر فى هذا الموضوع د. السنهورى الوسيط جـ ٢ ص ١٣٩٢ ط ١٩٨٢م ومابعدها بنود ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، د. جمال زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ١٩٧٨ ص ٨٠٨/٨١١ بند ٤١٦ د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥ ص ١٩٣ ومابعدها د. أنور سلطان فقرة ٧٠ ص ٦٢ ومابعدها د. عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٠٣، د. محمد عمران المرجع السابق ص ١٠٣ ومابعدها د. أحمد مرزوق رسالة عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص ١٠٠ وانظر فى الفقه الفرنسى روس ROUSEAU دراسة فى الفكرة القانونية للصورية رسالة باريس سنة ١٩٣٧م - بلانيول وريبير المرجع السابق جـ ٦ فقرات ٣٣٣ ومابعدها - ريبير وبولانجيه المرجع السابق فقرات ٥٨٠ ومابعدها فقرات ١٤٥٧ ومابعدها لاروبيير فى الالتزامات جـ ٤ ص ٢٧٦ طبعة ١٨٥٧م.

(٢) جاء فى حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٣٧ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥م س ٢٩ ص ١٣٣٧ «أن الصورية المطلقة هى تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لاوجود له فى الحقيقة. أما الصورية النسبية فهى التى لاتتناول وجود العقد وانما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا أو شخص المتعاقد».

بيـان أحكام الصـورية لم نجد بينها نصـا تم الاسـتناد اليـه فى اجـراء هذا التقسيم للصورية. أى أن تقسيم الصـورية الى مطلقـة ونسبيـة لم يستند الى نص فى القانون. ولكن هـذا التقسيم انما هو تقسيم فقهى أى من صنع الفـقـهـاء اسـتنادا الى تعـريفـهم للصـورية. ثم اخـذ به القضـاء بعد ذلك.

ولهذا نجد انه لبيان الاساس الذى استند اليه الفقه والقضاء فى اتبـاع هذا التقسيم للصـورية. يجب أن نوضـح تعريف الصـوريـة. ومن خلال هذا التعريف سنجد أن الفقه والقضاء قد استخلص هذا التقسيم من خلال ذلك التعريف.

فـالصـورية هى: «اصطنـاع مظهـر كـاذب فى تكوين تصـرف قانونى[١]. وهى تتضـمن مـهما كان الشكل الذى تتخذه» وجود اتفاق خفى، يزدوج بالاتفاق الظاهر، ليعدم، أو يغير، أو ينقل آثاره[٢].

اذا نظـرنا الى هـذا التـعريف الـذى قـيل للصـورية نجـد أنه يمكننـا بيـان التقسيم الذى اسـتقر عليـه الفقـه والقضـاء الصـوريـة. فـالصـورية اتفـاق خـفى يزدوج بالاتفـاق الظـاهر ليـعْدم آثـاره. وهـذا يعنى أن الصـورية أنصـبت علـى وجـود العقـد ذاتـه فـجـعلتـه معـدومـا وهـذا مـايتحـقق بورقـة الضد التـى يحررهـا أطراف الصـورية. وهـذا هـو أصل الصورية ولقد أطلـق الفقهاء على هذا التصرف «الصورية المطلقة» - **وأن كنت لا أميـل الى هذه التسـمـيـة** وأرى أن تسـمـيتـهـا «بالصـورية

(١) انظر د. جمال زكى، حسن النية فى كسب الحقوق، فقرة ١٣٦.

(٢) Ripert et Boul Anger, Traite. elementue de Droit civit De Marcee, Marcee, planiol 2 e ecltion p. 580 paris 1946- 1947.

الأصلية[١]. أفضل وأوضح من ناحية اللغة لأن أصل الشئ أسفله وأصل كل شئ مايستند وجود ذلك الشئ اليه فالصورية تستند فى وجودها الى ورقة الضد لأن الصورية بحسب الاصل هى تلك التى تقدم التصرف الظاهرى بمقتضى ماتتضمنه ورقة الضد. علاوة على أن كلمة أصلية تتفق مع مايسمى بالصورية النسبية لأن النسب انما يكون الى الأصل كنسب الابن الى أبيه وبالتالى فإن النوع الثانى من الصورية وهى الصورية النسبية انما هى فرع من الصورية الأصلية أى فرع من الأصل أما كلمة مطلقة فلم أجد لها معنى واضح فى قواميس اللغة العربية[٢].

والقول أيضا بأن الصورية هى وجود إتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليغير أو ينقل آثاره. انما هى الصورية التى تتناول نوع أو شرط أو شخص فى العقد ولاتتناول العقد كلية بالعدم وهو مايطلق عليه الصورية النسبية سواء عن طريق التستر أو المضاده أو التسخير.

ثانيا: انواع الصوريه:

(أ) الصورية المطلقة «الأصلية»:

هى التى تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لاوجود له فى الحقيقة، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر. بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر انما هو عقد صورى لاوجود له[٣].

---

(١) جاء فى المصباح المنير باب الألف مع الصاد ومايثلثهما جـ١ ص ٢١ «أصل الشئ» أسفله وأساس الحائط أصله واستأصل الشئ ثبت أصله ثم كثر حتى قيل أصل كل شئ مايستند وجود ذلك الشئ إليه فالأب أصل للولد والنهر أصل للجدول والجمع أصول.

(٢) رجعت الى المصباح المنير والقاموس المحيط فلم أجد فيهما معنى لكلمة «مطلق».

(٣) السنهوري المرجع السابق بند ٦١٠ ص١٣٩٢.

فالتصرف الخفى أى المستتر «ورقة ضد» يعدم كلية التصرف الظاهر، الذى يكون على هذا الوجه مجرد مظهر كاذب لتصرف ليس له فى الحقيقة وجود.

ومن أمثلة الصورية المطلقة:

- أن يعمد المـدين الى توقى تنفيذ دائنيه بالحجز على أمواله الى بيعها بيعا صوريا لأحد أقاربه مثلا ويتفق معه بأن يكتتبان بالبيع عقدا ظاهرا ويكتبان فى الوقت ذاته سندا مستترا يذكر ان فيه أن البيع لا حقيقة له وأن الأموال مازالت على ملكه أى يكون التصرف الظـاهر لاوجود له فى حقيقة الأمر. ويسمى هذا الاقرار «ورقة ضد»[١].

- أو أن يتعذر على الدائن مطالبه مدينة بنفسه بالوفاء بما عليه من دين، كما لو كان هناك مانع أدبى يمنعه من ذلك، فيحول حقه[٢] الى الغير حوالة صورية، وبذلك يكون للمحال له أن يطالب المدين بالوفـاء، ويتفق سرا على أن الحق لازال للمحيل لاينتقل الى

---

(١) عرف مارسيل فلانيول simulation relative ورقه الضد بأن «معني الصوريه أن يكون هناك عقدان صادران في وقت واحد أحدهما ظاهر والثاني من شأنه تعديل أثر العقد الأول أو إبطال أثره بالمره ويسمي العقد الخفي «ورقه الضد» انظر كتابه مختصر القانون. الجزء الثاني بند ١١٨٦ ص٣٩٦ الفصل التاسع طبعه ١٩٠٥».

Ilta simulation Iorsque denx ouplusienres font une convention opparente diont kes effets sont au modifi es ou gsobment supperimes par une autre tenventionn, contem peraine de la premieere et destivee a restor sccrete- cette definition suppose done qu,il yo indentite et d, abfet entre i, acte astensible et i, acte slcret qui moditee ou contredit i, acte astensible et i, acte slcret qui modifee ou contredit i, acte
ostensibke, et i, acte secret s, appelle contre- lettre

(٢) أنظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق بند ٨٥.

المحال له فيكون على هذا الأخير أن يسلم للمحيل ماقد يؤديه المدين[١].

(ب) الصورية النسبية:

هى التى يكون فيها العقد الظاهر ساترا لتصرف حقيقى يختلف عنه من حيث الطبيعة (التستر)، أو من حيث الشروط والأركان (المضادة) أو من حيث شخصية أطرافه (التسخير).

ومن هذا نجد أن الصورية النسبية أما أن تكون بطريق التستر أو بطريق المضادة أو بطريق التسخير.

١) الصورية النسبية بطريق التستر:

هـى التى تتناول نوع العقد أى تكييفه دون وجوده كالحال فى ستر الهبة وهـي التصرف الحقيقي الخفي في صـورة عقد بيـع ظـاهر وذلك للتخلص من الشكلية التي يستلزمها القانون في الهبة أو سـتر عقد بيع وهـو العقد الحقيقى الخفى فى صورة عقد هـبة بغرض حرمان الجار من طلب الشفعة لأن القاعدة أن الشفعة لاتجوز الا فى البيـع[٢].

---

(١) حواله الحق: هي عقد ينقل به الدائن حقه الشخصي الي آخر يحل محله في اقتضاء الحق من المدين. ويسمي الدائن «محيلا» والدائن الجديد المتنازل له يسمي «المحال له» ويسمي المدين «المحال اليه».

- أنظر كتابنا في النظريه العامه للالتزامات جـ٢ « أحكام الالتزام ص١٥٥ »

(٢) نصت المـاده ٩٣٥ مدني مصري علي أن «الشفعه رخصه تجيز في بيع العقار الحلول محـل المشـتري في الاموال وبالشروط المنصـوص عليـها في المـواد التـاليه «وهذا وقد تناول التقنين المدني المصري بيان شروط واحكام الشفعه في المـواد من ٦٣٥ حتي ٩٤٣ مدني.

- أو أن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو فى الحقيقة وصية وذلك للتحايل على قواعد الميراث التى تقضى بعدم نفاذ الوصية فى حق الورثة الا فى حدود ثلث التركة[١].

٢) الصورية النسبية بطريق المضادة:

الصورية النسبية بطرق المضادة لاتتناول وجود العقد ولاتكييفه وانما تتناول ركنا فيه أو شرطا من شروطه. كالبيع الذى يذكر فيه المتعاقدان ثمنا أقل من ثمنه الحقيقى رغبة منهما فى دفع رسوم التسجيل أقل، أو أن يذكر أن ثمنا أعلى من الثمن الحقيقى منعا للشفيع من الأخذ بالشفعة، أو كما لو ذكر فى قد ايجار منزل أجره أكبر من الأجرة المتفق عليها فى الحقيقة بغية رفع قيمة المنزل المؤجر فى نظر من يتقدم لشرائه بعد ذلك.

- **وقد يقصد من الصورية النسبية بطريق المضادة اخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر**، كما لو وهب شخص لسيدة مالاً معينا وذكر فى سند الهبة أن سببها مجازاة الموهوب لها عن خدمة مشروعة أدتها إليه، ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعة[٢].

كما قد تقتصر الصوريه النسبيه علي مجرد تغيير تاريخ العقد: كمن يشتري قطعه أرض من مريض في مرض الموت فيقوم بتقديم تاريخ

---

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٨م مجموعه الاحكام من ٣١ ج٢ ص١٥٢١ بأن «التمسك من الطاعن بأن عقد الهبه يستر وصيه هو طعن النسبه بطريق التستر يخضع للقواعد العامه في الاثبات التي تلقي علي الطاعن وهو وارث الواهب جبء اثبات هذه الصوريه فأن عجز وجب الاخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه».

(٢) انظر اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٩٥ بند ٨٥، انظر نقض ٣ نوفمبر سنه ١٩٢٣ مجموعه عمر جـ١ ص١٣٨ رقم ٦٧.

الشراء ليجعله سابقا علي بدء المرض، أو محجورا عليه فيقدم التاريخ ليحمله سابقا علي تسجيل قرار الحجر[1].

٣) الصورية النسبية عن طريق السخرة[2]:

هى التى ترد على شخص أحد المتعاقدين. ويقصد بها اخفاء شخصيته تحت اسم شخص آخر. الذى يظهر فى العقد بدلا منه. وذلك تهربا من مانع يمنع ابرام التصرف مع المتعاقد الحقيقى كالشأن فى الحالات التى يحظر فيها القانون على شخص ابرام تصرف ما، فيتفق مع المتصرف معه على سخرية طرف ثالث يظهر اسمه بدلا منه فى العقد دون أن يعلم بذلك الطرف الآخر فى العقد. ولهذا نجد أن المشرع نص فى المادة ٤٧١ مدنى على أنه «لايجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، الا كان البيع باطلاً». والمشرع فى النص السابق تنبه الى حالة الصورية بطريق السخرة فنص فى المادة المذكورة على أنه لايجوز

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٤م سنه ١٧ العدد الثاني ص٧٢٣ بأن «صوريه تاريخ العقد صوريه نسبيه تنصب علي التاريخ وهذه تتعداه الي العقد ذاته فاذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد علي أسبقيه تاريخ تسجيل صحيفه الدعوي علي تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول علي تاريخ عقد المدعي فان صوريه تاريخ هذا العقد لاأثر لها في الدعوي».

(٢) فضلت استعمال كلمه سخره بدلا من اللفظ الدارج في الاستعمال وهو التسخير: لان كلمه سخري بالضم بمعناه وسخرته في العمل بالتثيقل استعملته مجانا وسخر الله الابل ذللها وسهلها.

- انظر المصباح المنير جـ١ فصل السين مع الخاء ومايثلثهما ص٣٦٦.

للشخص الممنوع من الشراء أن يشترى لا باسمه ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه متى توافرت سائر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٤٧١ مدنى، فليس له أن يكتسب الحق باسمه ولا بأن يسخر غيره لتحقيق هذا الغرض.

أيضا فى مجال منع الصورية النسبية بطريق السخرة نص المشرع فى المادة ٤٧٢ مدنى على أنه «لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانو هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلاً».

ومانصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى على أنه «لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلنى، مانيط به بيعه بموجب هذه النيابه، مالم يكن ذلك باذن القضاء، مع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى».

ومانص عليه المشرع فى المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لايجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار».

المطلب الرابع
شروط تحقق الصورية فى القانون المدنى[1]

- من خلال عرضنا لتعريف الصورية وبيان أنواعها نجد أن الصورية لاتتحقق الا اذا توافرت الشروط الآتية:

- **الشرط الأول: أن يوجد عقدان أو تصرفان قانونيان اتحد فيهما الطرفان والموضوع: فالصورية تستلزم وجود عقدين متحدين فى الاطراف والموضوع** أحدهما ظاهر: وهو مايسمى بالعقد الصورى، والآخر خفى وهو العقد المستتر أى العقد الحقيقى الذى يعتد به فيما بين الطرفين والخلف العام لهما طبقاً لنص المادة ٢٤٥ مدنى مصرى والتى تنص على أنه «اذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً **بعقد ظاهراً فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى».**

ولايكفى أن يوجد عقدان احدهما ظاهر والآخر مستتر بل لابد أن يكون طرفاً العقدين واحداً أى من يقوم بتحرير العقد الحقيقي هو الذى يحر العقد الظاهر (الصورى) ولكن لايشترط اتحاد المتعاقدين فى العقدين شخصياIdentite physiqve بل يكفى اتحادهما اتحادا قانونيا identite juridique

---

(١) انظر د/ عبد الرازق السنهوري المرجع السابق بند ٦١٤- د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق فقره ١٠٤ ص١٨٢/١٨٣- د/ سليمان مرقس المرجع السابق فقره ٦٩٦- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٦- انظر أحكام محكمه النقض في ١٩٧٤/٤/٩م- م نقض م- ٢٥- ٦٥٨، نقض ١٩٤٩/١٢/١م مجموعه أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨.

فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد السرى وكيلان عن المتعاقدين فى العقد الظاهر أو بالعكس[١] كما يجوز أن يحرر ورقة الضد المثبته للعقد السرى ورثة المتعاقدين فى العقد الظاهر باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثه[٢].

أيضا يلزم أن يكون موضوع كل من العقدين واحدا من حيث المحل بمعنى أنه اذا كان محل العقد المستتر بيع قطعة أرض مثلا فلابد أن يكون محل العقد الظاهر هو نفس الارض التى هى محل العقد المستتر. وأن اختلفوا من حيث التكييف القانونى بأن يكون العقد الحقيقى بيعا والآخر الظاهر هبة أو يكون الثمن فى العقد الظاهر مختلفا عن الثمن فى العقد المستتر. المهم أن يكون المحل الذى ينصب عليه موضوع العقدين واحداً.

- الشرط الثاني: أن يكون هناك تغايرا بين العقدين سواء في الطبيعه أو الشروط أو الاركان:

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢٨م فى الطعنان رقما ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٠ قضائية بأن «عقد الوكالة بالتسخير يقتضى يعمل الوكيل باسمه الشخصى وان كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا، ويترتب على قيامهما فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير الى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف اليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير، اما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة - تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم اعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما ومن ثم فان تسجيل البيع الصادر للوكيل السخر ينقل الملكية مباشرة من الغير الى الموكل وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة فى الاثبات».

(٢) انظر ايلين بارتان، نظرية ورقة الضد طبعة ١٨٨٥ ص ١٥٠، جوسف تالون Jozeph talon فى ورقة الضد وبعض التطبيقات العملية فى القانون المدنى والتجارى. رسالة من باريس سنة ١٩٠٤م ص ٢٨.

(أ) ومن أمثله التغاير بين العقدين في الطبيعه: أن يذكر المدين في سند الدين أن «القيمه وصلتنا نقدا» وتكون الحقيقه أنه لم يتسلم شيئا وانما أراد التبرع بما تعهد بأدائه لباعث مشروع فيكون العقد الظاهر قرضا والعقد المستتر هبه[١].

- أو أن يكون العقد الظاهر عقد بيع ليكون ستارا لاخفاء هبة تجنبا لصياغه العقد في الشكل الرسمي. لأن الرسميه ركن في الهبه[٢].

(ب) ومن أمثله التغاير الذي ينصب علي شروط العقد: كمن يذكر في بيع العقار ثمنا أقل من الثمن الحقيقي تهربا من دفع رسوم التسجيل كامله. لأن رسم التسجيل رسم نسبي.

(جـ) وقد ينصب التغاير علي ركن من أركان العقد: كمن يريد أخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر. كما لو وهب شخص لسيده مالا معينا وذكر في سند الهبه أن سببها مكافأه الموهوب لها علي خدمه مشروعه أدتها اليه ويكون السبب الحقيقي هو الرغبه في اقامه علاقه غير مشروعه[٣].

- الشرط الثالث: أن يكون العقدان متعاصران[٤].

وعلي ذلك يلزم أن يصدر العقدان الظاهر، والمستتر معا في وقت واحد. فاذا كان أحدهما لاحقا للآخر فان ذلك يعد بمثابه تعديل له،

---

(١) انظر نقض ١٩٣٢/١١/٣م مجموعة عمر جـ١ ص ١٣٨ رقم ٦٧.

(٢) تنص المادة ١/٤٨٨ مدنى على أنه «تكون الهبة بورقة رسمية، والا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد أخر».

(٣) انظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥ ص ١٩٥/١٩٤.

(٤) انظر د.السنهوري المرجع السابق فقرة ٦١٤ - د. سليمان مرقس المرجع السابق فقرة ٦٩٦ د. عبد الفتاح عبد الباقي فقره ١٠٤ ص٩٨٣/١٨٢ د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥.

ويشترط أن يكون العقدان متعاصران لأن الصوريه لاتوجد الا اذا كانت اراده الطرفين لم تنصرف في أي وقت انصرافا جديا الي التصرف الظاهر، وانما كانت متجهه في بادئ الأمر الي محو آثاره أو التعديل فيها وهذا مايستدعي أن يكون كل من التصرفين متعاصرين.

ولاتشترط المعاصره الماديه، بل تكفي المعاصره الذهنيه. أي المعاصره التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتها وقت صدور التصرف الظاهر وان صدر التصرف المستتر في وقت لاحق(١).

تلك هي الشروط الواجب توافرها حتي يمكن القول بأننا بصدد تصرف صوري أما الشروط الواجب توافرها فيما يقابل الصوريه وهي الحيل في الفقه الاسلامي فتناولها بالشرح في المبحث التالي.

---

(١) قضت نقض مدني بالحكم الصادر في ١٩٧٤/٤/٩- م نقض م- ٢٥- ٦٥٨ .

المطلب الخامس

اثبات الصوريه في القانون المدني

- اذا نظرنا الي دعوي الصوريه نجد ان هذه الدعوي قد يقيمها أحد اطراف الصوريه أو خلفهما العام. وقد يرفعها الغير علي الطرفين، وعلي من يدعي الصوريه يقع عبء اثبات دعواه[1].

ولكن كيف يثبت المدعي صحه مايدعيه؟ هذا ما سنحاول ايضاحه في هذا المبحث.

وقبل أن نتناول طرق اثبات الصوريه سواء فيما بين طرفيها أو بالنسبه للغير، يجب أن نلقي الضوء علي مفهوم دعوي الصوريه:

- مفهوم دعوي الصوريه:

ان الصوريه تعني ان يتفق الطرفان علي اجراء تصرف ظاهر غير حقيقي يخفي العلاقه بينهما وهذا الاتفاق ينتج اثره بين طرفيه وبالنسبه للغير- ولهذا نجد أن المدعي في دعوي الصوريه قد يكون أحد طرفي العقد الصوري أو الغير. فقد يرفع أحد طرفيها الدعوي علي المتعاقد الآخر بالطعن في الصوريه. ولذا يشترط لقبول الدعوي:

---

(١) قضت محكمه النقض في ١٤/١١/١٩٦٨- م نقض- ١٩ ق رقم ٢٠٥ ص١٣٦٢ بأن «الطعن بأن عقد البيع يستر وصيه ولم يدفع فيه ثمنا هو طعن بالصوريه النسبيه بطريق التستر ويقع علي الطاعنه عبء اثبات هذه الصوريه فان عجزت وجب الاخذ بظاهر نصوص العقد».

(أ) أن يكون الطعن بالصوريه الذي يجب علي المحكمه بحثه والبت فيه جاز فلا يكفي مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال لان ذلك لايمنع بذاته من جديه العقد ومن رغبتهما احداث آثار قانونيه للعقد[١].

(ب) أيضا اذا ما طعن في العقد بالصوريه فان عدم ادخال من له مصلحه في التمسك بالعقد الصوري في الدعوي كخلف المشتري الظاهر سئ النيه. لايمنع من قبول الدعوي ولكن لايكون الحكم الصادر فيها حجة قبله[٢].

(جـ) كما قد يكون الطعن بالصوريه في صوره دفع أمام المحكمه في دعوي يرفعها أحد طرفي العقد الصوري علي الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر، ولكن هذا لايمنع محكمه الموضوع من بحث جديه الورقه التي تقدم في الدعوي من تلقاء نفسها ولم يطعن عليها أحد بالصوريه[٣]. ويجوز ابداء هذا الدفع في أيه حاله كانت عليها الدعوي في المرحله الابتدائيه أو الاستئنائيه- ولايجوز التمسك بصوريه العقد أمام محكمه النقض[٤].

---

(١) نقض مدني بتاريخ ١٩٧٧/٥/٤م في الطعن ٢٠٦ لسنه ٤٣ق- م نقض م- س٢٨ ص١١٣٥

(٢) نقض مدني في الطعن رقم٥ سنه ٤٣ق جلسه ١٩٧٧/٥/٤م س٢٨ ص١١٢٥

(٣) نقض مدني بتاريخ ١٩٨٥/١٠/٣١م في الطعنان ١٣٥٢، ١٣٨٤ لسنه ٥١ قضائيه

(٤) نقض مدني في الطعن رقم ٨٠ سنه ٢ق جلسه ٢، ٣٣/٣ هـ- أنظر السنهوري جـ٣ بند٦٢٥ ص١٤٣٦.

- **وقد ترفع دعوي الصوريه من الغير**: كدائني البائع مثلا علي الطرفين، فيطعن في العقد الظاهر بالصوريه ويتمسك بالعقد المستتر- لأن مصلحته تقتضي ذلك - فتمسك دائن البائع بالعقد الحقيقي يبقي محل العقد ضمن الضمان العام لاموال مدينه والتي يقتضي اقتضاء دينه من تلك الاموال ويشترط في هذه الحاله لقبول الدعوي

(أ) ادخال كلا من طرفي الصوريه خصمين في الدعوى[1].

(ب) وفي هذه الحاله أيضا لايجوز للدائن الذي رفع دعوي الصوريه باسم مدينه اثبات الصوريه الا بالطرق التي يستطيع بها المدين اثبات ذلك، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها قبل المدين[2].

(ج) لايقبل الطعن بالصوريه الاممن له مصلحه وفي حدود هذه المصلحه[3].

ولايشترط أن يكون بينه وبين طرفى العقد رابطة عقدية كحق مشترى العقار فى الطعن بصورية عقد المشترى الآخر لذات العقار[4].

(د) اما فيما يتعلق بالمحكمة المختص بنظر دعوى الصورية فنطبق فى هذا الشأن نصوص قانون المرافعات التى تحدد الاختصاص المكانى النوعى للمحاكم.

---

(١) انظر السنهوري، المرجع السابق، بند٦٢٥ ص١٤٣٦.

(٢) استئناف مختلط يونيه سنه ١٩٠٠م ١٢ ص٣١٦.

(٣) نقض مدني في الحكم الصادر ١٢/٦/١٩٧٨م - الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٤٥ ق

(٤) نقض مدني فى الطعن رقم [illegible] ١٦ ق من جلسة ٢٠/٣/١٩٤٧م

- طبيعة دعوى الصوريه:

يرى البعض[١] أن دعوى الصورية تعتبر نوعا خاصا من الدعوى البوليصية[٢] ومضمون هذا الرأى كما ذكره لارومبير (Layomdire) «أنه اذا أدعى الدائن أن التصرف الصورى قصد به الغش والاضرار بحقوقه، فانه فى هذه الحالة يكون له الحق برفع دعوى الصورية المباشرة باسمه لأنه يعمل فى هذه الحالة بمقتضى حق خاص به. ولكن اذا لم يدع الغش (Fraude) فليس له الا أن يرفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين. ومن ثم يكون لدى الدائن ثلاث دعاوى: الدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، الدعوى غير المباشرة»[٣].

---

(١) Demoi ombe: Trite des contrats ou des Obligations conventionnelles en general 16 e edition- p- 235 paris 1879.

- انظر باداريد فى كتابه الغش والتدليس Trite de doi et de la fraude.
- انظر لارومبير فى كتابة الالتزامات علما وعملا المادة ١٧٦ بند ٦٣ وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٨١٦/١/١٠، ١٨٧٨/١/٢١ سيرى ١٨٧٨ - ١ - ٣٦٤.

(٢) الدعوى البوليصية: هى وسيلة وضعها المشرع المدنى تحت تصرف الدائن بغرض حمايته من تصرفات مدينة التى قد يترتب عليها الاضرار به، فإذا تصرف المدين بسوء نية تصرفا ترتب عليه الانتقاض من أمواله اضرار بدائنيه فان من حق هذا الدائن ان يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف فى مواجهته، وهى بالتالى ليست دعوى يرفعها الدائن يطلب بمقتضاها ابطال التصرف الذى ابرمه مدينة. بل قصد بها فقط عدم احتجاج المتصرف اليه في مواجهة الدائن بالتصرف الذى ابرمه مع مدينة - فهى اذن دعوى عدم نفاذ وتصرف المدين قبل الدائنين. وقد نظمها المشرع المصرى فى المواد من ٢٣٧ - ٢٤٣ مدنى -انظر كتابنا فى النظرية العامة للالتزامات جـ٢ احكام الالتزامات ص ٦٢ ومابعدها.

(٣) انظر لارومبير - الالتزامات وعملا بند ٦٣ المادة ١١٧٦ بند ٦٣.

- **مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة:**

ولكن الرأى السابق فيه خلط بين الدعويين لأن هذه الدعاوى ترد جميعها الى أصل واحد هو المبدأ العام الذى ينص على أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته وقد نص المشرع على هذا المبدأ فى المادة ٢٣٤ مدنى بقوله:

«١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يراقب أموال المدين مادخل منها فى ذمة المدين وماخرج، حتى يأمن على ضمانه من أن ينقصه غش المدين أو تقصده.

- **ففى الدعوى البوليصية**[1]: يدفع الدائن عن نفسه غش المدين اذا عمد هذا الى التصرف فى ماله اضراراً بحق الدائن فيطعن الدائن فى

---

(١) يشترط فى الدعوى البوليصية بواسطة الدائن (م ٢٣٧ مدنى، م ٢٣٨ مدنى):
أن يكون حق الدائن مستحق الاداء (م ٢٣٧ مدنى).
أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن (م ٢٣٧ مدنى).
أن يكون حق الدائن سابقا فى وجوده على تصرف المدين المطعون فيه واثبات تاريخ نشوء الدين يرجع الى سبب نشوئه فإذا كان ناشئا من واقعة مادية فيكون اثبات تاريخ تحققها بكافة طرق الاثبات اما اذا كان ناشئا عن تصرف قانونى ثابتا فى ورقة عرفية فان القانون اعتد بها بالنسبة لاثبات تاريخ نشوء الدين فى الدعوى البوليصية (م ٣٩٥ مدنى) استثناءا من القاعدة التى تشترط للاعتداد بالورقة العرفية فى اثبات التاريخ أن تكون ثابته التاريخ.
ان يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونيا مفقرا ومعسرا للمدين، كما يشترط فى التصرفات المعارضة المطعون فيها ان تنطوى على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ١/٢٣٨ مدنى).

هذا التصريف ليجعله غير نافذ فى حقه فيعود المال الى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه فالدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى تصرف جدى صادر من المدين **ومن هنا نجد أن دعوى الصورية تختلف عن الدعوى البوليصية اختلافاً جوهرياً**: فنجد أن الطعن فى الدعوى الصورية مبنى على التصرف غير الجدى بما لازمه أن محل التصرف لم يخرج من ذمة مدينة الى الغير بعكس الطعن فى الدعوى البوليصيه الذى ينصب على تصرف جدى للمدين كما ذكرنا، الأصل فيها أن المدين يقصد الاضرار بدائنيه بالاخلال بالضمان العام عن طريق اخراج العناصر الايجابية من ذمته المالية لأن القول بالتواطؤ أو الغش أو قصد الاضرار بالدائن وان ورد فى نطاق الدعوى البوليصية. الا أنه لايفيد الصورية، بل ان قصد الاضرار بالدائن أو التواطؤ قد يكون هو الدافع الى جدية التصرف أيضا من أوجه الاختلاف أن الدعوى البوليصية يشترط فيها أن يسبب التصرف اعسار المدين. أما الصورية فلا يشترط الاعسار ولكن يلزم توافر المصلحة لرافع الدعوى كما ذكرنا – ولن تتحقق هذه المصلحة الا اذا كان المدين معسراً[1].

- ويترتب على هذه الفوارق أنه لايجوز للدائن أن يتمسك بصورية التصرف بعد أن كان قد تمسك فى شأنه بالدعوى البوليصية لأن تمسكه بهذه الدعوى ينطوى على اقراره بجديته ولذلك يجب عليه أن يتمسك بالأمرين فان فشل كان له أن يتمسك بعدم النفاذ أى

---

(١) انظر السنهرى جـ ٢ بند ٦٢٣ ص ١٤٤٨ ومابعدها.

بالبوليصية ولكن العكس غير جائز وأن كان ليس ثمة مايمنع من أن يتمسك بالامرين فى دعوى واحدة على سبيل الخيرة على أن يكون تمسكه بالصورية كطلب أصلى. وتمسكه بعدم النفاذ كطلب احتياطى[1].

- أما الدعوى غير المباشرة[2]:

فيدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت هذا على المطالبة بحقوق لدى الغير. فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة وبذلك يحافظ على الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه بعد ذلك وتشابه الدعوى الصورية مع الدعوى الغير مباشرة فى هذا علاوة على أنه لايشترط فيها أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين. وتفيد الدعويين جميع الدائنين ولكن أوجه الخلاف بينهما يمكن ايجازها على النحو التالى:

---

(١) نقض مدني بتاريخ ٧٧/٥/٤ مجموعة المكتب الفنى الجزء الاول سنة ٢٨ من ١١٢٥

(٢) يشترط فى رفع الدعوى غير المباشرة بواسطة الدائن:

١- ان يكون حق الدائن ثابتا ومحققا اى خاليا من النزاع ولايشترط ان يكون حق مستحق الاداء تنفيذى او معين المقدار ط ان يكون سابقا على حق المدين لدى الغير، ولايشترط ان يكون حقه ثابتا بسند تنفيذى.

٢- يهمل المدين فى عدم استعمال حقه.

٣- اعسار المدين او المقصود هنا الاعسار الفعلى وليس القانونى.

٤- ان يدخل الدائن المدين خصمان فى الدعوى.

٥- يجوز للدائن ان يستعمل باسم مدينة جميع حقوق المدين المالية فقط.

- اذا طعن الدائن بالصوريه فلا يكون في حاجه الي اثبات اعسار المدين. أما اذا تمسك بالدعوي غير المبشره نيابه عن مدينه وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسراً أو يزيد اعساره.

- اذا تمسك الدائن المستتر مما لايجوز اثباته بغير الكتابه. أما اذا لجأ الدائن للدعوي غير المباشره فقيمه التصرف المستتر هي التي تحدد وسيله الاثبات فاذا زادت علي عشرين جنيها فانه لايجوز اثباته بغير الكتابه. اما اذا وقعت قيمه التصرف عن عشرين جنيها فيجوز الاثبات بكافه طرق الاثبات.

خلاصه القول أن الدعوي الصوريه:

يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضا اذا عمد هذا الي التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصوريه حتي يكشف حقيقته، ويستبقي بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه والأساس الذي يستند اليه الدائن في رفع دعوي الصوريه هو الضرر الذي يصيبه من تصرفي المدين في أمواله، ويضاف الي ذلك أن دعوي الصوريه لم تكن الا دعوي تمهيديه لدعوي أخري يباشرها الدائن للتنفيذ علي أموال مدينه بحقه[١].

---

(١) انظر السنهوري الوسيط جـ٢ فقره ٥٢٦ ص١٢٢٧ ومابعدها طبعه ١٩٨٢م.

- تقادم دعوي الصوريه:

- **بالنسبه لتقادم دعوي الصوريه** فانها لاتسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد أو من غير. لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر، غير أنه اذا كانت الدعوي تتضمن دعوي أخري فان ذلك لايمنع من سريان التقادم بالنسبه للدعوي الأخري. فلو طعن الورثه في الهبه الصادره من مورثهم والمستتره في صوره عقد بيع لم يرد التقادم علي الطعن بصوريه عقد البيع ولكنه يرد علي ادعاء بطلان الهبه[1].

ويعترض البعض علي ذلك بأن للمدين حريه التصرف في أمواله طالما أن هذا التصرف لم يؤد الي أعساره، ولكن حقيقه الأمر في الصوريه أن المدين لم يتصرف في ماله بل أنه قد تظاهر بأنه تصرف في ماله ومن ثم كان الغرض من دعوي الصوريه اثبات أن الدائن لم يتصرف في امواله، ولم يخرج من الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه[2].

- رفع دعوي الصوريه لايترتب عليه وقف التقادم. لانه لاينقطع تقادم الدين الثابت بسند تنفيذي لابالتنبيه الذي يصدر من الدائن الذي بيده السند التنفيذي لمدينه أو بالحجز عليه أو بالاقرار الذي يصدر من المدين بحق الدائن صريحا كان ذلك الاقرار أو ضمنيا ومن ثم فان ادعاء ذلك الدائن بصوريه عقد بيع صادر من مدينه

---

(١) انظر السنهوري الوسيط جـ٣ بند٦٢٧. نقض مدني بتاريخ ١٩٦٩/٣/٢٠م- م نقض م-٢٠- ٤٥٠.

(٢) انظر د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٣٩١ بند٢٦٤.

لآخـر ورفعـه دعوي بطلب الحكم بهذه الصوريه والقضاء بذلك لايعـتبر من الاعمال القـاطعه للتقادم بحسب القانـون ولايشفع في اعتبار دعوي الصـوريه قاطعـه للتـقادم القـول بانـها ليست من قـبيل الاجراءات التحفـظيه وانـها اقـوي منها لانها انما تمهـد للتنفـيذ. ذلـك لان دعـوي الصـوريه شـأنها كشأن باقي الدعاوي من الطـرق التي قـررها الشـارع في التقنين المدني للمحافظه علي الضمان العام للدائنين ولاصله لها بالطرق.. التنفيذيه التي تكفـل ببيانها قانـون المرافعات ولايمكن اعتبارها مع التسـليم بأنها تمهد للتنـفيذ بمـثابه التنـبيه القاطـع للتقادم وهو ذلك التنبـيه الذي نـص عليه قانـون المرافعات واعتـبره من مقدمـات التنفـيذ ونتيجـه لذلك فان عدم دفـع تلك الدعـوي لايمكـن اعتـباره اقـرارا ضمـنيا قاطـعا للتـقادم[1].

ويمكن القول أن الصوريه وان كانت تتفق مع الدعوي البوليصيه في الهدف الذي تسعي الي تحقيقه وهو المحافظه علي الضمان العام الا انها تختلف عنها من حيث الشروط وطرق الاثبات.

وبعد أن تناولنا بيان مفهوم دعوي وشروطها وطبيعتها نتناول اثبات الصوريه بحسب ماإذا كانت الدعوي مرفرعه من احد الطرفين أو ممثل له ضد الطرف الآخر أو الغير أو كانت مرفرعه من الغير ضد أحد طرفيها. وذلك في مطلبين علي النحو التالي:

---

(١) نقض مدني جلسه ١٣/٣/١٩٥٨م السنه٩ص١٨٧.

الفرع الأول
اثبات الصورية
اذا كانت مرفوعه من أحد أطرافها أو ممثل له

- **تعريف الاثبات:**

في الاصلاح: يقصد بالاثبات قانونا اقامه الدليل أمام القضاء بالطريقه التي يحددها القانون علي وجود حق متنازع فيه نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونيه[١].

- أمـا الاثـبات فـي معـناه القانـوني حيث يتمـتع فيه الباحث بحـريه تامه في حين ان القاضي، لايعتمد في تكوين رأيه في الدعوي الا علي مايقدم له من أدله اثبات في الدعوي المنظوره أمامه[٢].

- **هذا ولم يضع المشرع المصري قواعد خاصه لاثبات الصوريه فيما بين المتعاقدين أو خلفهما العام، بل تخضع الصوريه في مجال اثباتها بين المتعاقدين وخلفهما العام الي القواعد العامه في** الاثبات[٣].

- وعلى ذلك اذا **كان العقد الصورى ثابتا بالكتابة فإنه** يجب على المتعاقد الذى يدعى الصورية أن يثبت الصورية بالكتابة[٤].

---

(١) انظر د/ حسام الاهواني شرح قانون الاثبات ص٣ طبعه١٠٨٢، انظر كتابنا شرح قانون الاثبات المصري ص١.

(٢) انظر كتابيا في شرح القانون الاثبات المصري ١.

(٣) نقض مدني في الطعن رقم ٤٤٣ سنه٣٦ق جلسه ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٣ ص٢٤٢

(٤) نقض مدني فى الطعن رقم ٦ سنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/٦/١٨م

وذلك تطبيقاً لنص المادة ١/٦١ من قانون الاثبات «لايجوز الاثبات بشهادة ولو لم تزد القيمة على عشري جنيها فيما يخالف أو يجاوز ماأشتمل عليه دليل كتابى»[١].

- ولكن التساؤل الذى يثور هنا «اذ لم يستطع مدعى الصورية اثباتها بالكتابة تطبيقا لنص المادة السابقة فهل لايستطيع اثباتها بأى طريق آخر من طرق الاثبات؟.
- ان مدعى الصورية اذا لم يستطع اثباتها بالكتابة فانه لايكون امامه سوى استجواب خصمه أو توجيه اليمين اليوم[٢].
- والقاعدة السابقة ليست على اطلاقها حيث ترد عليها استثناءات اذا ماتوافر احداها يستطيع مدعى الصورية أن يثبت بشهادة الشهود فيما يجب اثباته بالكتابة وهذه الاستثناءات نص عليها المشرع فى المواد ٦٢، ٦٣ ابات.

فنص المادة ٦٢ من قانون الاثبات على أنه «يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة ان

---

(١) يشترط لاعمال قاعدة عدم جواز الاثبات بالشهادة فيما يخالف او يجاوز الكتابة: **ان توجد كتابة اعدت للاثبات**: أى يوجد دليل كتابى كاملا كالمحرر الرسمى أو العرفى الموقع عليه، **أن يكون تصرف بالكتابة تصرفا مدنيا**: لأن هذه القاعدة لاتسرى الا بصدد التصرفات المدنية دون التجارية التى لاتخضع لهذه القاعدة، أن يكون المرواد - اثباته يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه هذا الدليل الكتابى: ويشترط ايضا الا يكون هناك غش أو تحايل على القانون - انظر فى ذلك د. اسماعيل غانم احكام الالتزام والاثبات ص ٤٩٥ ومابعدها - د.السنهورى الوجيز فقرة ٧١١ ومابعدها د. حسام الاهوانى شرح قانون الاثبات المصرى ص ٩٥ ومابعدها ط ٨٢ وانظر كتابنا شرح قانون الاثبات المصرى ص ٦٣ ومابعدها.

(٢) انظر د. سليمان مرقس اصول الاثبات ص ٢١١.

وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، والكتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة».

ونص فى المادة ٦٣ من قانون الاثبات على أنه «يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابى.

(أ) اذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.

(ب) اذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لايدله فيه.

ومن النصوص السابقة نستخلص الحالات التى يمكن للمتعاقدين اثبات الصورية معها بكافة طرق الاثبات وخاصة شهادة الشهود **ويضاف الى الحالات السابقة المستثناه من القاعدة حالة وجود الغش أو التحايل على القانون في عقد الصورية** فيحق لطرفى العقد الصورى اثبات الصورية فيها بكافة طرق الاثبات وقد أجمع الفقه[1] والقضاء[2] على هذا بالرغم من عدم ورود هذا الشرط فى المادة ٦٢/ أ حيث أجاز المشرع استثناءاً كما سنرى فيما بعد الاثبات بالشهادة وفى حالة وجود مانع حال دون الحصول على دليل كتابى، ومن الممكن القول بأن التحايل على القانون

---

(١) انظر د. السنهورى جـ٢ فقرة ٢٠٤ - د. سليمان مرقس اصول الاثبات ط ثانية فقرة ٢٠٥ د. عبدالمنعم فرج الصده الاثبات فى المواد المدنية ط ثانية فقرة ١٨٢.

(٢) نقض مدني في حكمها الصادر في جلسه ١٨/٤/١٩٣٥م في الطعن رقم ٨٧سنه ٤ق

مما يدخل فى عموم هذا النص اذ أن من تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر أو لخلفه العام ورقة مكتوبة على التحليل.

ومن أمثلة التحايل والغش فى الصورية بين المتعاقدين أن.. تكون حقيقة العقد هبة دفع اليها باعث غير مشروع كما لو وهب شخص لسيدة مالا معينا وذكر فى سند الهبة أن سببها مجازاة الموهب لها على خدمة مشروعة أدتها اليه، ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعه. ومن ذلك أيضا أن يكون سبب الدين قمار ويكتب السند أنه قرض أو أن يخفى القرض ربا فاحشا. أو أخفاء الرهن وراء البيع بقصد التوصل الى تملك الاطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس[1].

ففي الحالات السابقه يحق لأي من المتعاقدين الذي تم التحايل ضد مصلحته[2]. أن يثبت الصوريه بكافه طرق الاثبات لانها تتضمن مانعا حال دون الحصول علي ورقه ضد[3]. وهي تدخل في عموم نص الماده (٦٢/أ اثبات) اذ المتعاقد الذي تم التحايل لمصلحته كما ذكرنا لن يرتضي أن يقدم للطرف الاخر أو لخلفه العام ورقه مكتوبه للكشف علي هذا التحايل[4].

---

(١) نقض مدني في الطعن رقم ١٢ سنه ١٤ق في جلسه ١٩٤٤/٥/٢٥م

(٢) نقض مدني بتاريخ ١٩٨٤/١١/٢٩م- طعن رقم ٢٩٩ لسنه٥١ق

(٣) انظر د/أحمد نشأت في رساله الاثبات- طبعه خامسه فقره ٤١٤.

(٤) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٩ ص٢٠١ ومابعدها.

وعلي ذلك اذا كان هناك تحايل أو غش نحو القانون بين المتعاقدين في العقد الصوري ولم يكن هناك مانع يحول دون الحصول علي ورقه ضد[١]. كأن يكـون قـد قصـد بالتحايل تحقيق مصلحتهما معا- كما لو طلب البائع من المشـتري دفع ثمن أكبر من الثمن المذكور في العقد لان الثـمن الـذي ذكـر في العـقد كان القصد منه انقاص رسوم التسجيل- فلا يجوز فـي هـذه الحــاله اثبـات حقيـقه الثمــن الا بالكتابه[٢].

- عـلاوه علـي الحــاله السـابقه والتـي يجـوز اثبات الصوريه فيها بين المتعاقـدين بكافه طرق الاثبات تحد أن نصوص المادتين ٦١، ٦٢ من قانون الاثبـات المصري ذكرت ثـلاث حـالات اخري يجوز فيها الاثبات بكافه الطرق ومنها شـهاده الشـهود فيما كان يجب اثباته بالكتابه:

- **مبدأ الثبوت بالكتابه:** يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابه وجود ورقه مكتوبه، صادره من الخصم الذي يحتج عليه بها بخط يده دون أن يوقع عليها، ويكون من شأن هذه الورقه أن تجعل مايدعيه المدعي قريب الاحتمال كأن يقوم المدين ببيع أمواله الي شخص آخر بيعا صوريا تهربا من دائنيه ويأخذ من المشتري ورقه ضد مكتوبه بخط يد المشتري دون أن يوقع عليها. فورقه الضد هنا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابه بحق

---

(١) محكمه النقض في الطعن رقم ١٠٠ سنه٢١ق في جلسه ١٩٥٣/١٢/٢٤م

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم بند ٨٩ص ٢٠١/٢٠٤- أنظر السنهوري، الوسيط، جـ٢ ص١١٠٩ هامش ١.

بمقتضاها للبائع المدعي أن يكملها بشهاده الشهود أو القرائن أو أحد هذين الدليلين (م٦٢ اثبات)[١].

– وجود مانع من الحصول علي دليل كتابي[٢]:

نصت المادة ٦٢/أ من قانون الاثبات علي هذا الاستثناء فاذا وجد المانع الذي يحول دون الحصول علي الدليل الكتابي سواء كان هذا المانع ماديا– حيث ينشأ التصرف في ظروف لم يكن لدي الشأن فيها فسخه من الوقت أو وسيله للحصول علي دليل كتابي[٣] وتعتبر الوديعه الاضطراريه (Depotnecessaire) أظهر تطبيق له وهي التي يقوم بها المودع في أثناء الكوارث العامه كالحرائق والفيضانات والثورات أو الاضطرابات السياسيه ليجعل الشئ المودع في تأمين من الخطر الذي يحيط به[٤].دون أن يتمكن من الحصول ما يثبت ذلك من المودع لديه.

---

(١) محكمه النقض في الطعن رقم ٧٣ سنه ٤ق جلسه ٣٥/٣/٢٨ «–انظر احكام محكمه النقض الفرنسيه الصادر في ١٨ سيري ١٨٣٦– ٣٧١، ١٦ نوفمبر ١٨٥٩ سيري ١٨٦٠–١–١٦٦، ٢٥يناير ١٨٧١ سيري ١٨٧١–٢–٢٦٤.

(٢) انظر د/ جمال زكي النظريه العامه للالتزامات بند ٦٩٠– د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٣٢٧– د/ السنهوري في الوجيز فقره ٧١٧– د/ حسام الاهواني ص١١١ ومابعدها– د/ سليمان مرقص المرجع السابق بند ٢٣٥ د/ عبد المنعم فرج الصده ص٢٦١ ومابعدها.

(٣) مجموعه الاعمال التحضيريه جـ٣ ص٤١٢/٤١٣.

(٤) انظر د/ جمال زكي بند ٦٩٠.

أو أدبيا:

ومن صورها وفقا لأحكام القضاء. الزوجيه، والقرابه، علاقه الخدمه، والعرف المتبع في بعض المهن(١).

ومثال ذلك: بيع الرجل لزوجته عقاره هربا من الدين، أو أن يكتب الأب لابنه جزءا من أطيانه لترشيحه للعمديه، وقل أن يأخذ الرجل علي زوجته أو علي أبنه عقدا بصوريه التصرف. ففي هذه الحالات يحق لمدعي الصوريه من المتعاقدين أن يثبتها بكافه طرق الاثبات(٢).

- فقد الدليل الكتابي:

نصت الماده ٢/٦٢ اثبات علي هذه الحاله بقولها «أنه يجوز كذلك الاثبات بشهاده الشهود فيما كان يجب أثباته بدليل كتابي اذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لابد له منه».

ومن هذا النص نجد أن المشرع أجاز أن يثبت دعواه بالبينه ما كان يجب اثباته بالكتابه في حاله فقد السند بسبب أجنبي لايد له فيه وليس بخطأ من جانبه. ويلاحظ أن الماده لم تذكر سوي الدائن، ولكن

---

(١) أنظر د/ عبد الرازق فرج جـ٢ فقره ٢٣٦.

(٢) قضت محكمه النقض في الطعن رقم٦٤ سنه ١٥مدني جلسه ١٩٤٦/٤/١١ بأنه اذا اقامت محكمه الاستئناف حكمها بجواز اثبات الصوريه بالبينه علي اعتبارين أحدهما: ما قالت به محكمه الدرجه الاولي وهو اعتبار الابوه مانعه من الحصول علي كتابه مثبته الصوريه والاخر هو اعتبار ظروف تحرير السند وحدها بقطع النظر عن علاقه الابوه- مانعه من الحصول علي هذه الكتابه فلا تعارض بين هذين الاعتبارين ومن ثم لاتهاتر في اسباب الحكم».

من المسلم أن حكمها عام التطبيق سواء أكان من فقد السند الكتابي هو الدائن بأن فقد السند المثبت للالتزام، أو المدين بأن فقد المخالصه المثبته للوفاء أو في حاله يحق له اثبات الصوريه بكافه طرق الاثبات، وعلي المدعي أولا: أن يثبت سبق وجود الدليل الكتابي مستوفيا لشرائطه القانونيه، ويثبت كذلك مضمون ما يدعيه، وعليه ثانياك أن يثبت أن السند الكتابي (الصوري) قد فقد بسبب أجنبي لايد له فيه فاذا توافر الشرطان جاز لمدعي الصوريه اثبات التصرف الصوري المدعي به بالبينه ولو كانت قيمته تزيد عن عشرين جنيها أو غير محدد أو كان القانون ينص خاص يستلزم الكتابه لاثباته، أو كان هذا الاثبات مخالفه أو مجاوزه للثابت كتابه.

- **أما بخصوص الخلف العام للمتعاقدين** كورثتهم أو الموصي لهم له بحصه معينه من اجمالي التركه فان القاعده العامه بالنسبه لهم أنهم لايملكون في اثبات الصوريه أكثر مما يملك مورثهم[1].

وبالتالي ما ينطبق علي العاقدين في مجال اثبات الصوريه ينطبق علي خلفهما العام.

- **ولكن التساؤل الذي يثور هنا. هل نفس القاعده السابقه تنطبق بالنسبه للخلف العام اذا كان التصرف الذي أجراه العاقدان فيه أضرار بالورثه كوصيه تزيد علي الثلث في صوره عقد بيع مثلا؟** أن الاجابه علي هذا التساؤل تدعونا الي القول بأن الوارث هنا يستمد حقه بعد وفاه المورث من القانون، وليس من تصرفات المورث نفسه. وبالتالي

---

(١) محكمه النقض في الطعن رقم١٦٤ سنه ١٧ق جلسه ١٩٤٩/٣/٢٤ - أنظر نقض رقم ٤٤٣ سنه ٣٦ق جلسه ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٣ ص٤٢٤.

فإن تصرف المورث هنا يكون بقصد الغش والتحايل علي القانون. الأمر الذي يصح معه اثباته بكافه طرق الاثبات. وعلي ذلك يكون من حق الورثه في هذه الحاله أن يثبتوا صوريه هذه التصرفات بكافه طرق الاثبات بما في ذلك البينه والقرائن لالأنهم من الغير بل لأن هناك غش واحتيال علي قانون الارث يصح اثباته بكافه طرق الاثبات[١].

- **وقد ترفع الدعوي من أحد المتعاقدين ضد الغير** وخاصه واذا كان الغير سئ النيه واراد أحد طرفي الصوريه أن يثبت الصوريه ضده فانه يجب اثبات الصوريه ضد هذا الغير بالكتابه، ولكن في حاله الغش والتحايل علي القانون فان لطرفي الصوريه أن يثبتا الصوريه ضد الغير بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البينه والقرائن[٢]. ولمحكمه الموضوع كامل السلطه في أن تقرر ما اذا كان العقد صوريا أو جديا، لان هذا أمر موضوعي ولارقابه لمحكمه النقض عليه مادام أن الدليل الذي استند اليه أو الذي أخذ به مقبولا قانونا[٣].

---

(١) انظر حكم محكمه النقض تاريخ ١٩٧٣/٢/١٧م س٢٤ ص٢٦٦

(٢) انظر رساله بول جلاسون في نظريه الصوريه ص١٣١.

(٣) انظر حكم محكمه النقض بتاريخ ١٩٨٣/٢/١٧م في الطعن رقم ٦٨٩ لسنه ٤٨ق

الفرع الثاني
اثبات الصورية
اذا كانت مرفوعه من الغير ضد أحد العاقدين

تمهيد:

- المقصود بالغير في الصوريه:

يقصد بالغير في معني الصوريه فوق الخلف الخاص والدائنين (م٤٤/١مدني) من لم يكن طرفها في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه[١] أي هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري ومن ثم يعتبر مدين أحد الطرفين من طبقه الغير[٢]. كما لو احال دائنه حقه حواله صوريه.

كما يعتبر الشفيع من طبقه الغير[٣]وعلي وعلي ذلك يجوز الطعن من مشتر العقار بصوريه العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر الي مشتر آخر.

- ونصت الماده ١/٢٤٤ مدني علي أنه «اذا ابرم عقد صوري قلدائني المتعاقدين وللخلف العام، متي كانوا حسني النيه أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع

---

(١) انظر حكم محكمه النقض في الطعن رقم ٧٧٩ سنه ٤٣ق جلسه ٧٨/١/١٧ س٢٩ ص٢١٨

(٢) نقض مدني ١٩٧٥/١٢/٩- م نقض م- ١٦- ١٢٢٣. أنظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٩٠- د/ سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٩٨- د/ أنور سلطان، المرجع السابق ص١٧١.

(١) نقض ١٩٧٥/١١/٢٧- م نقض م ٢٦- ١٥١٥

الوسائل صوريه العقد الحق في أن يثبت صوريه هذا العقد بكافه طرق الاثبات بما فيها شهاده الشهود والقرائن[١].

ولقد أعطي المشرع الغير الحق في اثبات الصوريه بكافه الطرق لأن الصوريه النسبيه له تعتبر واقعه ماديه لاتصرفا قانونيا. لأنه لم تكن لارادته دورا في انشائها. فيجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها شهاده الشهود والقرائن[٢].

---

(١) انظر حكم محكمه النقض في الطعن رقم ٢٠٦ سنه ١٧ق جلسه ١٩٤٩/١٢/٢٩

(٢) انظر حكم محكمه النقض بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٣ الطعن رقم ٩٧٩ لسنه ٥٢ق انظر د/عبدالرازق السنهوري- مرجع سابق بند ٦٣٠. أنظر في مجال التعليق علي هاتين المادتين د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص٤٨٦، ٤٩٨. الصوريه في ضوء الفقه والقضاء للمستشار عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي ص١١٩ طبعه ١٩٨٦م.

المطلب السادس
آثار الصورية في القانون المدني[١]

- مقدمه:

ان الصوريه تعني اخفاء الحقيقه التي من شأنها أن تنشئ مركزا ظاهر يخالف الحقيقه ولايتفق مع الواقع من الأمر فهناك مركز أن متناقضان ولهذا التناقض نتائج هامه ترجع الي صحه العقد سواء العقد الظاهر أو العقد المستتر.

- فالقاعده:

التي أجمع عليها الفقه والقضاء[٢]: أن الصوريه ليست بذاتها سببا لبطلان العقد المستتر كما أنها ليست سببا في صحه العقد الظاهر». فالصوريه لاتصحح تصرفا باطلا لمخالفته للقانون أو لتعارضه مع النظام العام أو مساسه بالآداب[٣] بل يقتصر أثرها في

---

(١) أنظر د/ السنهوري الوسيط٢ جـ٣ بند ٦١٧ الي بند ٦٢٤- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٧٨ الي بند ٩٣- د/ جمال زكي بند ٤١٧- ٤١٩ د/ سليمان مرقس بند ٦٩٧- محمد عمران دروس في آثار الالتزام ص٩٣ ومابعدها ط ٨٠/٨١ - د/ أنور سلطان فقره ٨١- ص٨٢ - د/ محمد لبيب شنب في أحكام الالتزام فقره ٢٨١ ص٣٣١ ط٧٤- د/ جلال العدوي رابطه الالتزام جـ٢ ص٥٧٤- د/ عبد الفتاح عبد الباقي فقره ١٠٦.

(٢) أنظر د/ اسماعيل غانم بند ٧٨- د/ السنهوري بند ٦١٨/٦١٩ وراجع في تطور اختلاط الصوريه بالغش د/ جمال زكي بند ٤١٧- د/ سليمان مرقس بند ٦٩٧.

(٣) أنظر د/ جمال زكي بند ٤١٨ وفي الفقه الفرنسي:

Ripert et Moulanger: Traie eleentaire de Droit civil De marcel, planiol, 2e edition p. 589 paris 1911- de, page, traite elementair de droit civil belge 2e. p. 623 edition Bruxelles 1948- 1950.

حاله الصوريه المطلقه علي اعتبار أن تصرفا لم يبرم بين الطرفين، وفي حاله الصوريه النسبيه علي الاعتداد بالتصرف الحقيقي فهو الذي يكون محل البحث من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ. فمثلا اذا اخفي المتعاقدان الهبه في صوره عقد بيع لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدهما، وانما ينحصر أثره في اجراء أحكام الهبه علي التصرف دون أحكام البيع. وتكون العبره اذن من حيث المشروعيه والبطلان بالتصرف الحقيقي المستتر، فاذا كان العقد الظاهر يخفي عقدا مخالفا للقانون كان هذا العقد الاخير باطلا، ولكن هذا البطلان لايرجع الي الصوريه وانما يرجع الي انزال حكم القانون علي العقد الحقيقي المستتر الذي اتجهت اليه اراده العاقدين، ولذلك فان البطلان لاينال العقد الحقيقي المستتر مادام مشروعا[١].

- وقد ذهب رأي في الفقه[٢] الي القول بأن المبدأ السابق يشتمل علي فرضين:

الاول: أن العقد الظاهر ليس له وجود قانوني:

وذلك استنادا الي أن التصرفات القانونيه في الواقع لاتوجد الا باراده أطرافها. فالعقد الظاهر لم يرده المتعاقدان ولم يقصدا نتائجه القانونيه وآثاره. علي ذلك فهو عقد غير جدي ليس له من الوجود سوي أسمه[٣].

---

(١) أنظر د/ اسماعيل غانم بند ٧٨- د/ السنهوري بند ٦١٨/ ٦١٩، د/ جمال زكي.

(٢) أنظر د/ أحمد مرزوق المرجع السابق بند ١٢٧ ص١٨٤ ومابعدها.

(٣) أنظر د/ أحمد مرزوق المرجع السابق بند ١٢٧ ص١٨٤ طبعه ١٩٨٥م.

- ولكن أري أن القول بأن العقد الظاهر ليس له وجود قانوني استنادا الي فقدان ركن الرضا فهو قول مردود. لأن العقد الظاهر اكتملت أركان وجوده القانونيه سواء من ناحيه الرضاء والمحل والسبب. فالرضاء موجوده في هذا العقد. لان طرق التعبير عن الاراده متعدده منها التعبير باللفظ، الكتابه والاشاره المتداوله عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته علي حقيقه المقصود (م ٩٠ مدني مصري)- والعقد الظاهر قد عبر طرفاه عن رضاهم بمحتواه كتابه ولاعبره هنا بالسرائر الكامنه في النفس وعلي ذلك فالعقد الظاهر عقد موجود له آثاره القانونيه الكامله والدلاله علي ذلك أيضا ان العقد الظاهر يعتد به المشرع بالنسبه للغير حسن النيه الذي له حق التمسك به طبقا لنص الماده ٢٤٤ مدني ولايصح القول بأن آثار العقد صحيحه في جانب الغير ومعدومه في جنب أطرافه بل العكس أن اطراف العقد هم الاولي بتنفيذ آثار العقد وعلي ذلك فاما أن العقد صحيحا وبالتالي لايصح معه القول بأن آثار العقد صحيحه بالنسبه للبعض وباطله بالنسبه للبعض الآخر استنادا الي معدوميه القصد، وكل ما في الامر بالنسبه للعقد الظاهر الصحيح أن البعض يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ هذا العقد في مواجهتهم بالرغم من صحته وذلك ليس استنادا الي معدوميه وبطلان العقد الظاهر ولكن راجعا الي ظروف أخري خاصة بهم كالدائنون مثلا الذين لهم حق الدفاع عن أموال مدينهم باعتبارها الضمان العام لديونهم.

وخلاصه القول:

لاصحه لما قيل أن العقد الظاهر باطلا وليس له وجود قانوني إستنادا الي انعدام الرضا لان الرضا موجود وقد عبر عنه أطراف العقد الظاهر في العقد كتابه. ثانيا أن المشرع اعترف بالآثار القانونيه لهذا العقد بالنسبه للغير حسن النيه فكيف يتسني مع ذلك القول ببطلان العقد الظاهر.

ثانيا: أن العقد المستتر له نفس القوه التي له لو أبرم سافرا:

- وهذا واضح من أن المشرع جعل الاعتداد بالعقد المستتر فيما بين المتعاقدين - كما سيظهر لنا عندما نتناول آثار الصوريه بين عاقديها(٢٤٥ مدني مصري).

- ولكن القاعده السابقه ليست صحيحه علي اطلاق:

فهناك استثناءات علي هذا المبدأ الذي ينص علي أن الصوريه ليست بذاتها سببا لبطلان العقد المستتر كما أنها ليست سببا في صحه العقد الظاهر.

الاستثناء الاول:

جعل المشرع للصوريه أثر في تصحيح بعض العقود الباطله بطلانا مطلقا ومنها الهبه[1] المستتره Ladonation deguisee عندما

---

(١) عرفت الماده ٤٨٦ مدني الهبه بأنها «عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نيه التبرع أن يعرض علي الموهوب له القيام له القيام بالتزام معين».

نص في المادہ ١/٤٨٨ مدني علي أن تكون الهبه بورقه رسميه والا وقعت باطله مالم تتم تحت ستار عقد آخر».

والنص السابق يوضح لنا أن الصوريه قامت بتصحيح العقد الباطل بطلانا مطلقا فنص علي بطلان الهبه التي لاتعقد في شكل ورقه رسميه الا اذا تمت تحت ستار عقد آخر فاذا قام المتعاقدان بستر عقد هبه في صوره عقد بيع صوري فانها تصح، ومعني ذلك أن المشرع أجاز الغش بالقانون، وبنصوصه الآمره المتعلقه بالنظام العام. وبالتالي قضي علي الغرض المقصود من ضروره وجود الشكليه في عقد الهبه اذ يستطيع الواهب في ظل هذا النص أن يخرج ماله كليا أو جزئيا في لحظه دون تريث أو تأمل بما يحل به وبورثته من بعده من صنوف الحاجه والحرمان وذلك بالحيله التي أرشده اليها المشرع في النص السابق فكيفيه أن يستر الهبه في صوره عقد بيع فتكون صحيحه لمجرد تبادل ارادتين لان عقد بيع عقد رضائي وغير شكلي حتي بعد صدور قانون التسجيل لأن التسجيل ليس ركنا أو شرطا لانعقاد العقد بل هو حكم من أحكام العقد[1].

---

(١) أنظر د/ عبد الناصر العطار البدايه في شرح احكام عقد بيع ص١٣٥ وانظر رساله (Bonnearrere) في الصوريه في الهبات ص٩٣ كليه الحقوق بليون حيث يقول:

en raison dedonner que

present les actes ates atetre gratuit roit peur le Disposont soit pour

le disposont soit pour safamille tois meme beur la

la saeiete, le ladistateur a appore a la faculte de disposer de '

nombreuses restrictios.

- ولكن أري أن الرأي السابق ليس صحيحا علي أطلاقه الا من الناحيه الشكليه فقط. أما من الناحيه الموضوعيه فلا تنطبق أحكام عقد البيع بل التي تنطبق هي أحكام الهبه.

لان كل ما في الامر أن عقد البيع الصوري الذي يستر هبه لم يقم بجعل عقد الهبه سوي من الناحيه الشكليه كما ذكرنا فقط. وذلك بالاعفاء من انعقاد الهبه بورقه رسميه اما من الناحيه الموضوعيه فان عقد البيع الظاهر لاتنطبق أحكامه بل تنطبق أحكام الهبه علي هذا العقد عند اكتشاف صوريته[1].

ومعني هذا ان الصوريه لم تصحح عقد الهبه سوي من الناحيه الشكليه باعفائه من الانعقاد بورقه رسميه أما من الناحيه الموضوعيه لم تصحح الصورية عقد البيع الظاهرى بل تنطبق عليه أحكام عقد الهبة[2].

الاستثناء الثاني:

أن اهمال شهر شركة التضامن أو شركة التوصية بنوعيها يترتب عليه البطلان اذ تنص المادة ٥١ من القانون التجارى على أنه يجب استيفاء هذه الاجراءات وهي اجراءات «الايداع واللصق والشهر»[3].

---

(١) جاء بمذكره المشروع التمهيدي للماده ٢٤٥ مدني بأن نيه المتعاقدين تنصرف الي التقيد بالعقد المستتر فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره. ومن التطبيقات العمليه التي يمكن أن تساق في هذا الشان، افراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبه في صوره البيع ففي مثل هذا الغرض يصح العقد بوصفه هبه لابيعا، متي اجتمعت له شروط القيمه بهذا الوصف فيما عدا شرط الشكل استثناءا».

(٢) انظر حكم محكمه النقض بتاريخ ٢١/٥/١٩٧٢م س٢٢ ص١١٤٢

(٣) هذه الاجراءات نصت عليها المواد ٤٨، ٤٩، ٥٠ من القانون المدني.. التجاري.

وفى مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وضع الامضاء علي المشاركه والا كانت الشركه لاغيه[١]. وعلي ذلك فان كل ورقه ضد (contre eettre) تخالف عقد الشركة الظاهر وتناقضه في شركة التضامن أو شركة التوصيه بنوعيها في القانون التجاري تكون باطله حتي فيما بين المتعاقدين لان الشهر ركن من أركان عقد الشركة الموضوعيه وورقه الضد من خصائصها السريه والخفاء[٢].

وعلي ذلك نجد أن الصوريه في ذاتها سبب في بطلان العقد المستتر في شركات التضامن والتوصيه بنوعيها في القانون التجاري وهذا استثناءا من المبدأ العام القائل بأن الصوريه ليست في ذاتها سببا في بطلان العقود في القانون التجاري. أي أن الصوريه ليست سببا في بطلان ورقه الضد في القانون التجاري الا في أحوال استثنائيه كما ذكرنا بالنسبه لشركات التضامن والتوصيه بنوعيها.

- وهناك بعض الصور للصوريه في القانون التجاري يمكن الاشاره اليها علي النحو التالي:

- الصوريه في عقد الشركه:

– بعد أن نصت الماده الاولي في القانون رقم ١٥٧ لسنه ١٩٨١[٣]علي علي الغاء القانون ١٤ لسنه ١٩٣٩م ونصت الماده ٢٨ منه علي أنه «اذا ربطت الضريبه علي شخص أو شركه وثبت أنه يعمل لحساب شخص آخر أو شركه أخري بطريق الصوريه أو التواطؤ للحصول

---

(١) انظر د/ محسن شفيق الوسيط في القانون التجاري ص٣٧١ ط١٩٥١م.

(٢) أنظر د/ أحمد مرزوق المرجع السابق ص١٩٧/١٩٨.

(٣) قانون الضرائب علي الدخل الصادر به القانون رقم ١٥٧ لسنه ١٩٨١م.

علي أيه مزايا أو للتهرب من أيه التزامات مقرره بمقتضي أحكام هذا القانون كان كلاهما الظاهر والحقيقي مسئولين بالتضامن عن سدادالضرائب المستحقه عن الارباح.

ويعتبر ممولا ظاهرا يعمل لحساب الممول الحقيقي المتنازل اليه عن المنشأه أو المنقول آليه ترخيصا اذا كانت تجمعه بالمتنازل أو صاحب الترخيص علاقه عمل أو كان التنازل أو نقل الترخيص بين الاصول والفروع القصر أو بين الازواج وفي جميع الاحوال يجوز لصاحب الشأن أن يثبت جديه التصرف».

وبالنص السابق وضع المشرع حدا لما قد يتجه اليه الممولون من تكوين تلك الشركات بهدف تفتيت الضريبه أو الاعفاء أو الوصول الي حد الاعفاء فوضع قرينه بسيطه مقتضاها صوريه الشركات التي من هذا النوع وأجاز لصاحب الشأن اثبات جديه الشركه[1].

- نصت المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م على أنه «يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الاحوال بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين.

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٩٨١/١١/٢٢م – الطعن رقم ١٥١٨ لسنة ٤٨ ق – نقض بتاريخ ١٩٨٤/٦/١١م – الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٠ ق.

- وعلى المستأجر قبل ابرام الاتفاق اعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء اذا ابدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوما منه نسبة الـ ٥٠٪ المشار اليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار ايداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الايجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الاعلان.

وبانقضاء ذلك الاجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠٪ المشار اليها» ومن صور الصورية فى هذه الحالة التحايل على هذا النص. فإن المستأجر كثيرا مايلجأ الى تكوين عقد شركة صورى بينه وبين الشخص الذى اتفق معه على أن يبيعه العين بالجدك. وذلك لكى يفلت من سداد نصيب المالك في ثمن البيع، ويقوم المتعاقدان باثبات عقد الشركة طبقاً لما نص عليه القانون ويتخذا اجراءات شهرها. وبعد فترة معينة يحرر الطرفان عقد تخارج بمقتضاه يتخارج فيه المستأجر الاصلى ويظل الشريك الصورى وحده فى المحل.

- ففى هذه الحالة يجوز للمؤجر أن يثبت أن عقد الشركة فى حقيقته عقد صورى قد قصد به التحايل على حقه فى تقاضى نصف ثمن البيع بالجدك. ويجوز له اثبات هذا بكافة طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن[١].

---

(١) انظر الصورية فى ضوء الفقه والقضاء، عز الدين الديناصورى، د. عبدالحميد الشواربى ص ٤٦١، ٤٦٢ - انظر نقض مدنى بتاريخ ١٨/٤/١٩٨١م طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٠ق - نقض بتاريخ ٢٥/٢/١٩٨١م، طعن ٦٢٠ لسنة ٤٦ق - نقض ١٨/٤/١٩٨٥م طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥٢ ق.

- **الصوريه في بيانات الكمبيالة:**

- نصت المادة ١٠٨ من قانون التجارة على أنه «الاوراق الموصوفة بوصف كمبيالة ولم تكن مستوفية للشروط السالف ذكرها **والكمبيالات التى فيها على غير الحقيقة اسم أو صفة تعتبر سندات عادية** اذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات ومع ذلك يجوز نقلها من يد الى يد بطريقة التحويل وتعتبر مثل الاوراق التجارية اذا كتبت بين تجار أو لاعمال تجارية، ولايجوز لمن علم بذكر شئ من ذلك على غير الحقيقة ان يحتج به على الغير الذى لم يخبره به».

ويتضح من النص المذكور أن عدم ذكر الحقيقة واثبات بيانات مخالفة للحقيقة سواء بالنسبة للاسم أو الصفة يحيل الكمبيالة معيبة أى باطلة وتتحول الى سند مدنى أو ورقة شبيهة بالاوراق التجارية. والبطلان للصورية طبقا للمادة ١٠٨ لايتعلق بصحة الكمبيالة ذاتها، حيث لايحتج بهذا البطلان على الغير الذى لايعلم بالصورية. والدفع بالبطلان للصورية من الدفوع التى يطهرها التظهير ويقتصر أثرها علي من يعلم بها فلا يحتج بها في مواجهه الحامل حسن النيه. وكذلك الشأن اذا ذكر بصك الكمبياله مبلغ مخالف للمتفق عليه فان هذه الصوريه لاتبطل الكمبياله وتظل خاضعه لاحكام الصرف ولايجوز التمسك بهذه الصوريه في مواجهه الحامل حسن النيه ولكن يجوز التمسك به في مواجهه من يعلم بها(١).

---

(١) انظر المستشار عز الدين الدناصوري، د/ عبد الحميد الشواربي المرجع السابق ص٤٦٦- أنظر نقض مدني جلسه ٢/١/١٩٤٧م- المجموعه الرسميه س٤٧ ص٢٤٩.

- **الصوريه في الشيك:**

تتحقق هذه الحاله في حاله اعطاء الشيك تاريخين حيث يفقد صفته من أداة وفاه الي أداه ائتمان. وعدم اعطاء الشيك تاريخا يعتبر تاريخ استحقاقه هو تاريخ تقديم الشيك للبنك المسحوب عليه ولكن الصوريه قد تتحقق اذا اتفق الساحب والمستفيد أن يطعن بالصوريه علي تاريخ الشيك؟ الراجح ان الطعن في الصوريه هنا غير منتج لان اعطاء الشيك تاريخ واحد لاحقا للتاريخ الذي تحرر فيه معناه انصراف نيه الساحب والمستفيد علي أن يكون اداة وفاة وعلي استحقاقه في هذا التاريخ(١).

وبعد هذه المقدمه نتناول بالشرح آثار الصوريه فيما بين المتعاقدين والخلف العام، وآثارها بالنسبه للغير.

---

(١) انظر المرجع السابق.

الفرع الاول
آثار الصورية بين المتعاقدين
والخلف العام[١]

- نص المشرع في ٢٤٥ مدني علي أحكام الصوريه بين المتعاقدين والخلف العام بقوله:

«اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي».

ومفاد النص السابق أن الاصل سريان العقد الحقيقي بين الطرفين. اذ العقد الظاهر لاوجود له ولم تتجه اليه ارادتهما وتلك قاعده لااستثناء عليها. وتسري هذه القاعده علي طرفي التعاقد والخلف العام أي الورثه والموصي لهم بجزء شائع في التركه كلها اذ أن الخلف العام يعتبر بمثابه العاقد بالنسبه لعقود سلفه[٢].

هذا بعكس ماذهب اليه قضاء الفرنسي الذي جعل العقد الصوري يسري بين المتعاقدين علي سبيل العقاب. مثل ذلك ان يظهر المتعاقدان

---

(١) انظر د/ السنهوري الوسيط جـ٢ فقره ٦٢٠- د/ جمال زكي المرجع السابق فقره ٤١٨ د/ اسماعيل غانم المرجع السابق فقره ٨٨، د/ عباد الفتاح عبد الباقي فقره ١٠٦- د/محمد عمران المرجع السابق ص١٠٦ ومابعدها.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٨ ص٢٠٠ قضت محكمه النقض بتاريخ ٢٠/٤/٦٧م نقض م١٨ ص٨٥٠ بأنه «متي انتهي الحكم الي اعتبار عقد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقي فانه اذا رتب علي ذلك أن العقد الذي ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي- أي ورقه الضد- يكون قد طبق الماده ٢٤٥ من القانون المدني تطبيقا صحيحا ولايمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقي في حق المشتري.

في البيع ثمنا أقل من الثمن الحقيقي لانقاص رسوم التسجيل، فيمنع البائع من الرجوع علي المشتري بالفرق في الثمن، وأساس هذا القضاء القاعده الرومانيه القديمه التي تقضي بأنه لايجوز لمن تاوث بالغش صدر منه أن يحتج أمام القضاء بذلك الغش[١].

والموقف السابق الذي اتخذه القضاء الفرنسي يؤيد الرأي الذي ذكرناه[٢]من أن الانسان يجب الايستفيد من غشه وخداعه للغير ولكن للاسف اذا مانظرنا الي نص المشرع في الماده ٢٤٥ مدني نجد انه من خلال هذا النص قد جعل المتعاقدين يستفيدون من غشهم وخداعهم وساعد أيضا بهذا النص علي التوسع في ابرام التصرفات الصوريه باعتداده بالعقد المستتر دون العقد الظاهر بين أطرافها وهذا ماذكرناه في معرض تعليقنا علي موقف المشرع المصري من الصوريه فيمكن الرجوع اليه[٣].

- والعله التي إستند اليها المشرع في القول بالاعتداد بالعقد الحقيقي تكمن في أن أراده العاقدين اتجهت للاعتداد به وحده وبالتالي يكون وحده هو الذي له بين طرفيه وجود قانوني، واعمالا لمبدأ سلطان الاراده. أما العقد الظاهر فلم يقصدا به الا انشاء مظهر كاذب لعقد لم يرغبا أن ترتبا عليه آثار قانونيه.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق هامش٢ ص٢٠٠ نقلا عن ديمجوج جـ١ فقره ١٦٩.

(٢) انظر في هذا المبحث ص.

(٣) انظر د/ السنهوري الوسيط جـ٢ بند ٦١٨ ص١٤٠ ط١٩٨٢م، انظر في الفقه الفرنسي: الاستاذ فلاتيه Flattet العقود لحساب الغير فقره ١٢٠- فقره ١٣٣ حيث يعتبر البائع والمشتري الصوريين شريكين في حق واحد» Cotitulaires, De droit

- ويترتب علي عدم الاعتداء بالعقد الظاهر أنه «لاتنتقل به الملكيه بل تظل علي ملك المالك الاصلي وتنتقل بالميراث الي خلفه العام وفقا لقواعد الميراث.

- كما لايكون المشتري الصوري وكان مالكا للعين ولكنه اذا تصرف فيها انتقلت الي خلفه الخاص- الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصوري كما سنري فيما بعد عن التحدث عن آثار الصوريه بالنسبه للغير- وكذلك وارثه لاتنتقل اليه ملكيه العين بالميراث اذا مات المشتري الصوري هذا مالم يكن الوارث قد اشتري العين من مورثه قبل موته بعقد جدي وهو حسن النيه فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل اليه الملكيه بالبيع لابالميراث ولايحتج عليه بالعقد المستتر مادام لايعلم به[1].

- ويشترط لاعمال العقد الحقيقي علي الوجه السابق أن تتوافر فيه كافه الشروط الموضوعيه. فمثلا اذا كان العقد الظاهر بيعا أريد به ستر هبه، وجب أن تتوافر في الهبه كافه الشروط الموضوعيه اللازمه لصحتها من حيث أهليه الواهب وسائر شروط صحتها الاخري، وأما من حيث الشكل فانه لايشترط أفراغها في الشكل الرسمي[2] وهو الشكل الذي يتطلبه القانون لصحه الهبه مادام أنها قد سترت ببيع كما ذكرنا. وهذا مانصت عليه الماده ٤٨٨ مدني

---

(١) انظر استئناف مصر ٩مارس ١٩٤٣- المجموعه الرسميه ٤٤ ص١٣.

(٢) قضت محكمه النقض بجلسه ٨٤/٢/٢١ طعن رقم ١٥٢٨ سنه ٥٣ق بأن «المقرر أنه اذا كانت الهبه مشروطه للمساهمه في خدمه عامه فان الرسميه لاتكون لازمه لانعقادها وان الهبات التي يشترط فيها للقابل لاتعتبر من قبيل التبرعات المحضه التي يجب أن توثق في عقد رسمي».

بقولها «تكون الهبه بورقه رسميه والا وقعت باطله ما لم تتم تحت ستار عقد آخر[١].

- وليس معني ذلك ان العقد الصوري ليس له وجود أو اثرا فالعقد الصوري فان لم يكن له وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام. فله وجودا ماديا علي الاقل قد يترتب عليه أثرا قانونيا. فالتصرف الصوري الصادر من الموصي بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصيه وكذلك التصرف الصوري الصادر من المورث في عين من أعيان التركه يعتبر قبولا للميراث في القانون الفرنسي[٢].

- وهناك أمثله أخري غير عقد البيع يمكن أن تحدث منها:

- الصوريه في عقد الايجار:

ومنها مايحدث في هذه الايام من أستغلال المؤجر أزمه الاسكان وحاجه المستأجر لها. حيث يقوم المالك (المؤجر) بتحرير عقد ايجار للمستأجر علي أن المكان أجر له مفروشا في حين أنه استلمه خاليا، ويحرر عليه قائمه صوريه بمنقولات تسلمها، فانه يحق للمستأجر في هذه الحاله أن يثبت أن عقد الايجار صوري صوريه نسبيه بالنسبه

---

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ١٩٧٢/٥/٢٩ س٢٣ ص١١٤٢ بأنه «استقر قضاء هذه المحكمه في ظل القانون المدني علي أنه اذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع الا بصفه صوريه، فان العقد يصح بوصفه هبه مستتره في صوره عقد بيع وأنه لايتعاض مع تمييز التصرف في ان يظل البائع واضعا يده علي مايدعيه وأن يحتفظ انفسه كمدي الحياه بحق الانتفاع».

(٢) Demogue tvaite de obigations en g2n2ral p. 261- 263 paris 1933- 1933.

للاجره والمنقولات تمهيدا لتقدير قيمه الاجره للمكان حاليا، ويجوز له اثبات ذلك بكافه طرق الاثبات[1].

ومن أمثله صوريه عقد الايجار:

تحرير عقد صوري ببيع المكان المؤجر حاله أن العقد في حقيقته عقد ايجار وقد يلجأ المؤجرون الي ذلك بقصد الحصول علي مبالغ خارج نطاق عقد الايجار. ويجوز للمستأجر أن يثبت ذلك بكافه طرق الاثبات[2].

- أيضا التأجير لشخص صوري ليتنازل عن العقد للمستأجر الحقيقي:

يلجأ المؤجر الي هذه الطريقه في حاله ما اذا تقاضي مبلغ خلو رجل من المستأجر الحقيقي وبهذه الطريقه ينفي أي رابطه عقديه بينه وبين المستأجر الأصلي. الأمر الذي لايتمكن معه المستأجر الأصلي من ان يسترد حقه في مبلغ الخلو. في هذه الحاله يجوز للمستأجر الاصلي أن يثبت صوريه عقد الايجار الصادر من المؤجر الي المتنازل له أو

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ٨١/١٢/٧ بأنه «يجوز للمستأجر اثبات ادعائه بأن العين اجرت خالية على خلاف الثابت بالعقد بكافة طرق الاثبات لان ادعاء التحايل على احكام آمره تتعلق بالنظام العام ولمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته ضوء ماتستنبطه من ادلة وقرائن قضائية سائغة اذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة «وقضت محكمة النقض فى ١٩٨١/١٢/٢٨م الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٤٧ ق بأنه «يشترط لاعتبار المكان المؤجر مفروشا الا يكون الفرش صوريا بقصد التحايل للتخلص من القيود التى نص عليها قانون ايجار الاماكن مما فعاد ذلك ان تشمل الاجارة بالاضافة الى منفعة المكان فى ذاته ممفروشات او منقولات كافية للغرض الذى قصده المتعاقدان من استعمال المكان مفروشا».

(٢) انظر د/ عبد الحميد الشواربي، المستشار عز الدين الدناصوري المرجع السابق ص٤٨٠.

المؤجر من الباطن وأن يثبت حقيقه العقد المستتر وهو الصادر اليه من المؤجر الاصلي مباشره بجميع طرق الاثبات. لأن هناك تحايل علي القانون ضد مصلحته (المستأجر).

- الصوريه في عقد الزواج:

ومثالها ما يحدث من اتفاق الزوج والزوجه علي اثبات مقدم مهر أقل من المتفق عليه في وثيقه عقد الزواج تهربا من رسوم التوثيق ويحق للزوجه أن تطعن بالصوريه النسبيه في وثيقه الزواج ولها الحق في اثبات ما يخالفها دون الحاجه للطعن علي العقد بالتزوير وذلك بشهاده الشهود ويجوز للزوج أن ينفي ما اثبته الزوجه بنفس الطريق[١].

- أما اثبات الصوريه بين أطرافها: فالأصل كما ذكرنا أن اثبات ما يخالف الكتابه يجب ان يكون بالكتابه الا في أحوال استثنائيه ذكرناها سابقا فيمكن الرجوع اليه[٢].

- الاثر المترتب علي الحكم بالصوريه:

يلزم هنا أن نفرق بين الحكم الصادر بصوريه العقد علي أنه صوري صوريه مطلقه أو صوري صوريه نسبيه.

- الاثر المترتب علي الحكم الصادر في الصوريه المطلقه:

اذا صدر الحكم بصوريه العقد استنادا الي ورقه الضد أي الي الصوريه المطلقه فهنا يحوز هذا الحكم حجيه الأمر المقضي به ولا يحق

---

(١) أنظر في هذا المبحث ص٨٩ تحت عنوان اثبات الصوريه.

(٢) انظر حكم محكمه النقض في ١٩٨٤/١/٢٤م طعن رقم ٣٦١ لسنه ٥٠ق

للطرف الذي كان الحكم حجه عليه أن يرفع دعوي أخري يطالب فيها ببطلان العقد استنادا الي الصوريه النسبيه[١].

- الاثر المترتب علي الحكم الصادر في الصوريه النسبيه:

اذا ما حكم بصوريه العقد استنادا الي الصوريه النسبيه فلا يمنع هذا الحكم الخصم من يطعن بصوريه العقد بسبب آخر غير السبب الذي استندت اليه المحكمه في حكمها الاول لتقرر صوريه العقد.

---

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ٨٢/١٢/٢ طعن رقم ٢٥٢ لسنه ٤٩ق بأن الحكم الذي يقضي في دعوي الدائن برفض صوريه عقد صدر من مدينه للغير لايكون- وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمه- حجه علي صحه هذا العقد في دعوي المنازعه في صحته والتي تقوم فيما بعد بين طرفيه لاختلاف الخصوم في الدعوتين».

الفرع الثاني
آثار الصوريه بالنسبه للغير

- النصوص القانونيه:

نصت الماده ٢٤٤ من التقنين المدني المصري علي أنه:

١) اذا ابرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متي كانوا حسني النيه أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صوريه العقد الذي أضر بهم.

٢) واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الأفضليه للأولين.

والنص السابق يوضح لنا أن المقصود بالغير كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص.

ويقوم تحديد الغير في الصوريه علي فكره استقرار المعاملات القانونيه، ووجوب حمايتهم لاعتمادهم بحسن النيه علي تصرف وان كان كاذبا كله أو في جزء منه – يجمع مظاهر تصرف صحيح عقدوا تصرفاتهم علي أساسه[1]. ولهذا فالقاعده أن اثر العقد لاينصرف الي غير العقد او من يمثله أي لا ينصرف الي الغير الاجنبي عن العقد فلا يحمله التزامات ولكن يجوز أن يكسبه حقا فنص المشرع في الماده ١٥٢

---

(١) انظر د/ جمال زكي ص٨١٢ بند٤١٩.

مدني علي أنه «لايرتب العقد التزامات في ذمه الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

- وعلي هذه الفكره نجد أن المشرع وفقا لمفهوم الماده ١/٢٤٤ مدني «جعل للغير الحق فى التمسك بالعقد الظاهر: إذا تحققت له مصلحته فى الأمر بشرط أن يكون جاهلا صورية هذا العقد وقت التعامل أى يكون حسن النية والمفروض أن الغير حسن النية لايعلم بالعقد المستتر، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت مايدعيه[1].

- ويثور التساؤل عن الوقت الذى يعتد فيه بحسن النية المطلوبة؟

أن العبرة بحسن النية يكون بالوقت الذى يبنى فيه الغير تعامله على أساس الظاهر. فالعبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقدين وانبنى عليه تعامله[2].

فيشترط أن يكون دائن المشترى حسن النية عند البدء فى إجراءات التنفيذ على العين المشتراه، يكون المشترى الثانى حسن النية وقت البيع له، وإذا كان الخلف الخاص محالا له بالدين الصورى كانت العبرة بحسن النية وقت الحوالة[3] وأن يكون الشفيع حسن النية وقت إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة له[4].

---

(١) انظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٩٢ ص ٢١١.

(٢) انظر حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/١/٢٦م س ١٦ ص ٢٥٣.

(٣) انظر نقض مدنى ١٩٣٥/٤/١١م مجموعة عمر جـ١ ص ٦٨٤ رق ٢٤٧.

(٤) انظر نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢٠م مجموعة أحكام النقض سنة ١٦ ع ٣ ص ١٣٨٤ رقم ٢١٧.

فــمــثـلا يكـون لدائنــى المشــترى فــى البــيــع الصــورى: أن يتمسـكوا بالعقـد الظـاهر حتـى يتمكنـوا مـن التنفيـذ علـى العين الـتى اعـتـبـرت بالنسبـة لهـم داخله فـى ملـك المشـترى بمقـتـضـى العـقـد الظـاهـر.

- ويكون للغـيـر الحق أيضا فى التمسك بالعقد المستـتر أى التصرف الحقيقى اذا كانت مصلحته تقتضى ذلك على أساس أنه العقد الذى له وجود قـانونى بحسب نص المادة ٢٤٥ مدنى مصرى. على ذلك فلدائنى البائع فى البيع الصورى أن يتمسكوا بالتصرف الحقيـقى حتى لايخرج المبيع بطريق البيع الصورى من ضمانه العام، ولدائنى المشترى أن يتمسك بالعقد الصورى لأن من مصلحته أن يدخل المبيع فى ضمانه العام.

- واذا كان الغير كما سبق القول الحق فى التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر طبقا لمصلحته فهذا يتفق ومفهوم نص المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن العقد المستتر لا أثر له ضد الغير (Contre Iestieis) وهذا النص يعنى ان الغير له أن يختار بين العقدين حسب مصلحته فهو اذا تمسك بالعقد الظاهر فلأن هذا العقد قد خلق من الظواهر ما انخدع به وأطمأن اليه وليس للمتعاقدين أن يستفيد من غشهما فى علاقتهما بالغير.

- تعارض مصالح الغير:

اذا تعارضت مصالح الأغيار فتمسك البعض منهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر وهذا ماعبرت عنه المادة ٢/٢٤٤ مدنى مصرى بقولها «اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين «فمثلا من مصلحة دائنى البائع

وخلفه الخاص التمسك بالعقد المستتر أى العقد الحقيقى لكى يتمكنوا من التنفيذ عليه باعتباره داخلا فى الضمان العام لأموال مدينهم. ولايمكن أن نأخذ بالعقدين معا، بل لابد من المفاضلة بينهما. ولم يكن يوجد فى التقنين المدنى الملغى نص لهذه المسألة فأختلفت الآراء عليها الى أن حسمها واضعو التقنين المدنى الجديد حيث فضل فيه من يتمسك بالعقد الظاهر، متى كان حسن النية على من يتمسك بالعقد المستتر[١].

وفى المثال السابق يفضل دائن المشترى متي كان حسن النية على دائن البائع، ويقوم هو بالتنفيذ على العين المبيعة صوريا متمسكاً بالعقد الظاهر الذى هو من مصلحته، ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى «ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات، فإذا تمسك دائنى المشترى بهذا العقد كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار[٢].

ومن نص المذكرة الايضاحية نجد أنه قد علل الحكم السابق باعتبارات تتعلق بتأمين استقرار المعاملات.

- أما فيما تعلق بإثبات الصورية بالنسبة للغير:

ان القاعدة هنا أن للغير اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات ولو كان التصرف الظاهر لايجوز اثباته بغير الكتابة. وقد تناولنا اثبات الصورية بشرح فيمكن الرجع اليه[٣].

---

(١) انظر حكم محكمة النقض فى جلسة ١٩٧١/٤/٢٢م س ٢٢ ص ٢٣٠ فى الطعن رقم ٤٨٥ سنة ٣٦ ق.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٤٦.

(٣) انظر ص ٨٩ من هذا البحث تحت عنوان اثبات الصورية.

المبحث الرابع
تعريف الحق فى الحبس واساسه
فى القانون المدنى [(١)]

المطلب الاول
الحق في الحبس

- تعريف الحق فى الحبس.

تنص المادة ١/٢٤٦ من التقنين المدنى المصرى على أن (لكل من التزم بأداء شئ ان يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط

---

(١) انظر د. إسماعيل غانم، النظريات العامة للالتزامات احكام الالتزام – ص ٢٢٤ ومابعدها. مكتبة عبدالله وهبه ط ١٩٦٧م. انور سليمان مرقص، حقوق الامتياز والحق فى الحبس ص ٥٨١ ومابعدها طبعة ١٩٥٢م المطبعة العالمية – د. طلبة وهبه خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة ط ١ دار الفكر العربى ص ١٠٠ ومابعدها – د. عبدالفتاح عبدالباقى، دروس فى احكام الالتزام ص ٢١٣ ومابعدها – مطبعة نهضة مصر – عبدالزراق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج٢ المجلد الثانى، آثار الالتزامات طبع ١٩٨٢م دار النهضة العربية ص ١٤٥٧ ومابعدها – د. عبدالمنعم البدراوى، النظريات العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ج٢ طبعة ١٩٧٣م مكتبة سيد عبدالله وهبة ص ١٨٤ ومابعدها – د. محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق فى الحبس بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثانى السنة العاشرة يولية سنة ١٩٦٨م ص ٤٣٧ ومابعدها. د. محمد شكرى سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ط ١ ٨٤/١٩٨٥م دار الفكر العربى ص ١٣٦ ومابعدها.

بـه، أو مـادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كـاف للـوفاء بالتـزامه هـذا[1].

والنص المذكـور يوضـح لنـا أن الحـق فـي الحـبس Droit de retention يقصد به ان لكل من يقع عليه التزام ان يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بمناسبة التزام المدين ومرتبط به.

فالحق فى الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به، سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانونى كالعقد أو الواقعة القانونية كالاثراء بلا سبب. بمعنى أن يكون شخص دائنا ومدينا فى نفس الوقت، هو مدين بتسليم شئ وهو دائن لمن يحق له تسلم هذا الشئ؛ فيكون له الحق فى أن يحتفظ بالشئ ويمتنع عن تسليمه، أى يكون له الحق فى حبسه حتى يفى المدين بالتزامه. فالبائع مثلا: ملتزم بنقل ملكية المبيع للمشترى، وهو فى نفس الوقت دائن لهذا المشترى بالثمن، فهو دائن ومدين، وكل من الالتزامين ناشئ بسبب الآخر ومرتبط به، ومن ثم يحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع، أى يحبسه حتى يفى المشترى بالثمن.

(١) v.drrida (F): retention rep-de droit civil 1979 t. v 11 ripert(G) et boulanger: traite de droit civil t 2 1958 no. 3270.

حيث يتضح من تعريفهم للحق فى الحبس أنهم يقصرونه على الحالة التى يكون فيها الشئ غير مملوك للدائن الحابس – انظر ايضا فى هذا المعنى د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العينى رسالة من جامعة القاهرة ١٩٥٣م طبعة ١٩٥٦م ص ٢٤٥ هامش (٣).

- والحق فى الحبس - طبقا للمفهوم السابق - يكون وسيلة لحمل المدين بدين واجب الاداء، على سداد هذا الدين للدائن عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شئ يجب عليه تسليمه للمدين مادام أن هناك ارتباطا بين حق الدائن والتزامه بالتسليم، أى يدفع به الدائن مطالبه مدينه له بتسليم شئ له الحق فى تسلمه، مادام أنه لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن مرتبط بالتزام هذا الأخير بالتسليم.

وخلاصه القول: أن الحق فى الحبس هو نظام قانونى يخول للدائن الذى يكون ملتزما بتسليم شئ معين لمدينة فى أن يمتنع عن تسليم هذا الشئ حتى يستوفى كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشئ م ١/٢٤٦ مدنى مصرى[1].

وقد قضت محكمة النقض بما يؤيد ذلك المعنى بأن (حق الحبس وفق المادة ٢٤٦ من القانون الذى تثبت للدائن الذى يكون ملتزما بتسليم شئ لمدينة فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين، طالما أن التزامه بتسليم الشئ مرتبط بسبب الحق الذى يطالب الوفاء به، ومترتب عليه، ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن بعد مقدرا، وحق الحبس منهما ذلك أن حق

---

(١) **انظر فى تعريف الحق فى الحبس:** د. اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢٢٥ ومابعدها بند ٩٩ - د. انور سلطان ، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٢٥ ومابعدها بند ٢٠٢ د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٥٨١ بند ٤٠١ - د. طلبه وهبه، المرجع السابق، ص ١٠٠ بند ٩٤ - د. عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢١٣ ومابعدها بند ١٢٣.

الحبس يظل معه الدينان قائمين ويعد وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء)[١].

- أساس الحق فى الحبس[٢].

اختلف الشراح فى الأساس الذى ينبني عليه الأخذ بالحق فى الحبس **فذهب بعض الفقهاء**[٣]: إلى القول بأن أساس الحق فى الحبس اتفاق **ضمنى بين الدائن والمدين** يقصر هذا الحق على الحالات التى تكون فيها حيازة الشئ مستندة الى عقد ملزم للجانبين بخصوص هذا الشئ.

ولكن **غالبية الفقهاء**: اتجه الى القول بأن مبنى الحق فى الحبس هو **اعتبارات العدالة وحسن النية** التى يجب ان تسود المعاملات، فليس من العدل فى شئ أن يطالب شخص باداء ماعليه لآخر قبل أن يستوفى ماله قبل هذا الأخير لأن ذلك يتنافى مع العدل والمنطق القانونى.

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٧ - ٣ - ١٩٧٠م، مجموعة النقض المدنية س ٢١ ص ٤٥٩، مشار اليه فى التقنين المدنى فى شوء الفقه والقضاء - محمد كمال عبدالعزيز الطبعة الثانية ١٩٨٠م ص ٩٨ - نقض مدني بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١١م فى الطعن رقم ٧٥٥ سنة ٤٥ ق .

(٢) **انظر فى الفقه الفرنسي**: كولان وكابيتان، المرجع السابق، ج٢ ط ١٠ بند ١٠٤٨ ومابعدها. **فى الفقه المصرى**: أنور سلطان، جلال العدوى، المرجع السابق ص ٢٢١، بند ٢٠٢، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٦ - د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٥٨٤/٥٨٥ - د. عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٤ بند ١٦١ - د. عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢١٤ - د. محمد شكرى سرور، المرجع السابق، ص ١٣٦، بند ١٧٥.

(٣) انظر فى هذا الرأى بودرى لاكانتيزى، المرجع السابق، بند ٢٣٢ ومابعده.

وذهب بعض الفقهاء الى اعتبار حسن النية شرطا من شروط التمسك بالحق وليس أساسا له[1]. **ولكننا نرى** أن حسن النية ليس شرطا لقيام الحق فى الحبس ابتداءا بل هو من جملة الأسس العامة التى يقوم عليها الحق فى الحبس فهو أساس واعتبار من الاعتبارات التى تقضى بها العدالة فنظام الحق فى الحبس قائم فى جملته على العدالة وحسن النية، وهى ليست وقفا على ميدان العلاقات التبادلية بل تشمل جميع الروابط القانونية وينبغى تسويتها وفقا لقواعد العدالة وحسن النية وعلى أساس من التكافؤ فى المراكز القانونية. والواقع أن نصوص التشريعات تؤيد ذلك فقد نص عليها فى بعض التشريعات بمناسبة العقود (م ٢/١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى ١٤٨٩ مدنى مصرى)[2].

هذا ويترتب على **الأخذ بالرأى الأول** كأساس للحق فى الحبس أن يجعل الحق فى الحبس مجرد تطبيق للدفع لعدم التنفيذ بحيث لايثبت الا فى تنفيذ العقود الملزمة للجانبين (م ١٦١ مدنى مصرى)[3].

---

(١) انظر فى اعتبار حسن النية شرطا للحق فى الحبس: كسان، المرجع السابق، ص ١٦٩ - ١٧٢.

(٢) نصت المادة ١/١٤٨ مدنى معلى أنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية».

وفى معرض الاشارة الى العدالة نصت المادة ٢/١٤٨ مدنى على انه «ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ماهو مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

(٣) نصت المادة ١٦١ مدنى مصرى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

اما الرأى الثانى: فيوسع من دائرة الحق فى الحبس بحيث تشمل حالة كل دائن يكون فى ذات الوقت مدينا لمدينة. أى تشتمل على العلاقات ذات الارتباط الموضوعى الى جانب المسائل ذات الارتباط القانونى وفى ذلك يجعل الدفع بعدم التنفيذ ماهو الا نوع من أنواع الحق فى الحبس حيث يشتمل على الارتباطات التبادلية الى جانب الارتباط الموضوعى أى المادى(١).

- الا أن الانصاف والعدالة وحسن النية التى استند اليها المشرعون للقول بالحق فى الحبس لاتتيح التمييز بين هذا الحق والدفع بعدم التنفيذ على العكس إنها تعمل على تعزيز الصلة التى توجدهما لأنه فى حالة أو أخرى فمن الظلم ارغام شخص على اعادة شئ يستحوذ عليه فى حين ان مدينة يتشبث بعدم تنفيذ الالتزام الخاص به، ويعلن أنه رافض على الرغم من ذلك.

كما أن فكرة الائتمان(٢) تبرر بشكل أقل كذلك هذا التمييز وفى الواقع أن الذى يرفض أعادة المال الخاص بمدينة لايميل بعد الى منحه ائتمانا.

---

(١) انظر رأينا فى هذه المسألة فى هذا البحث بند ٥٦ حيث نرى «أن لكل منهما مجال خاص به فى نطاق العلاقة التبادلية أى التعاقدية بالاضافة الى تفرد الحق فى الحبس بالمجال المادى أو الموضوعى».

(٢) - pinot, Essai d,une theorie du droit de retention au point de vue legislatif, these paris 1908 p. 220- 223, 231 et suiv.
- Hommel: le droit de retention, essai d,une theorie en droit francais, these strasbourg 1928, p. 91 et suiv.

- **خصائص الحق في الحبس:**

من تعريف الحق في الحبس يمكن أن نستخلص الخصائص الآتية:

(أ) الحق في الحبس دفع يثبت للمدين الذى يكون فى الوقت ذاته دائنا لدائنه، وذلك بشروط معية، فلا يتصور أن ترفع به دعوى أصلية لأنه لايخل صاحبه الا الامتناع عن رد الشئ عند مطالبته به[1]، واذا كان للحابس عند خروج الشئ من يده دون رضاه أن يسترده ليستعمل حق الحبس عليه، فان دعواه لايكون موضوعها الحق فى الحبس بك استرداد الشئ باعتبار أن خروجه من يد حائزه أو محرزه رغم ارادته يعتبر سرقة ضمان واعتداء على الحيازة.

(ب) يترتب على كون الحق فى الحبس حقا من حقوق الضمان اعتباره حقا تابعا، فهو لايمكن أن يوجد مستقلا بل يجب أن يستند الى الالتزام الذى يوفر ضمان الوفاء به وهو يتبع هذا الالتزام فى وجوده وفى صحته وفى انقضائه. وهو فى هذه الحالة يعتبر تابع مشروع وليس العقد هو الذى يحقق وجوده ولكنه القانون[2].

---

(١) جوسران، المرجع السابق، ج ٢ بند ١٤٧١.

(٢) فى الواقع على الرغم من أنه تحدث احيانا محاولات فى نطاق هذا الضمان بموجب اتفاق فان اصله الغير تعاقدى يظل من حيث المبدأ ويقابله رهن الحيازة، وينبغى ان نستبعد بالتأكيد الحالات التي يلجأ اليها دائن المرتهن او مرتهن الحيازة العقارى. ان حق حبس الشئ يدمج إذن بامتياز وهو حق اكثر اتساعا واكثر قوة بحيث لايشكل الا أحد المظاهر «انظر دريدا، دائرة المعارف «V.Encyc» ، داللوز. خامساً: «الحبس، بقلم ف. دريدا، الارقام من ٤٩ ومايليها)..

– ولكن هل الحق في الحبس الذى انشأه القانون قد منحه لجميع الدائنين دون تمييز أو أن هذا الضمان التبعى قد تم الاحتفاظ به لعدد من الدائنين فقط؟

ان الاجابة على هذا التساؤل من وجهة نظرى كانت وستظل على مدى الزمن متغيرة للغاية ويمكن أن نستدل على ذلك بالتطورات التى حدثت في القانون الفرنسى اذ أنه فى الأيام التالية لصدور القانون المدنى الفرنسي نجد أنه فى نظام المدرسة التفسيرية ذهب رجال القانون بتحديد نطاق الحق فى الحبس – التى تم تصوره كامتياز – بالحالات المنصوص عليها فى القانون والتى يستفيد منها الدائنون الذين حددهم القانون[١].

ولقد طرأت تطورات على هذه الحلول فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر[٢]، وتعرض فيها مجال الحق في الحبس للتوسع التدريجى من طريق التماثل الذى تلجأ اليه المحاكم[٣] وفى الفقه يتمسك «أو برى ورو» بمبدأ تفسير حر فى اذا لم يوجد أى رباط بين المحتبس وخصمه، الا أنهما يوتيان بقبول عام لحق الحبس– على أنه مجرد تطبيق للدفع .

(١) الفقه والقضاء يطبقان على الحق فى الحبس قاعدة: ليس ثمة امتياز بدون نص.

(٢) حول هذا التطور التاريخى انظر: v. cassin! de l,exception tiree de l,inexecution dans les rapports synalladmatiques et de ses relationc avec le droit de retention, la compensation et la resolution, these paris 1914, p. 150 et s.

(٣) انظر الامثلة التى أوردها كسان، المرجع السابق ص ١٥٦.

- فى العلاقات التعاقدية وشبة التعاقدية[١] ويذهب «كولان وكابيتان»[٢] وبصفة خاصة بونيكاز[٣] «Bonnecase» الى أبعد من ذلك ايضا فى معنى توسعى باقتراحهم منح الحق فى الحبس الى كل دائن حتى الذى أصبح دائنا بشكل عارض[٤].

علاوة على أن **قانون التجارة الألمانى** يسمح لكل دائن بحسن نية لم يسدد له أن يحبس الخاص لمدينة أيا كان سبب حقه الدينى وسبب حيازته (المواد من ٣٦٩ الى ٣٧١)[٥]، وينص القانون السويسرى كذلك على هذا الأمر بالنسبة للتجار فى علاقات أعمالهم، ومع ذلك ففى مجال القانون المدنى ترسم هذه التشريعات فضلاً عن القانون اليونانى حدود ضيقة بشكل أكبر بالنسبة للضمان الممنوح (م ٢٧٣ ومايليها من القانون المدنى الالمانى،

---

(١) Aubry et Reu: Droit civil (60 ed. par Bar tin) T. 111 No. 256 bis.

(٢) colin et capitant, cours elementaire de Droit civil francais (O ed- parjulliot de la morandiere, T, 11 No. 1473 et s.

(٣) Bonnecase, supplement au traite de droit civil de Baudrylacon- tinerie t v, p. 644.

(٤) انظر بشأن وجهة النظر هذه وبصفة خاصة كولان وكابيتان وتعليقات هيبرو (M.Hebraud) دراسات فى القانون المدنى ج٢ طبعة ١٩٥٠م ١٩٥١م.

(٥) ان هذه الاختلافات القائمة بين الحلول التى ارتأتها دولتان من دول السوق المشتركة رئى لحالهم مؤخراً قرار اصدرته الغرفة التجارية التابعة لمحكمة النقض والابرام فى ٢٣ يونيو ١٨٦٥م (انظر مذكرة C. sefrert جريدة الوكلاء التجاريين سنة ١٩٦٥م ص ٨٠).

المادة ٨٩٥ ومـايليـها من القانون المدنى السـويسـرى، المادة ٣٢٥ من القانون المدنى اليونانى)[١].

(جـ) الحق فى الحبس باعتباره احدى وسائل الضمان **يعتبر حقا غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن**. أى يكون للدائن أن يحبس كل الشئ الموجـود فى يده الى ان يسـتوفى كـامل حقـه من اصل وفـوائد ومصروفات، ولايكون للمدين أن يطالب الدائن بتخلية عن جزء من الشئ المحبوس مقابل الجزء الذى وفـاه للدائن من مدينة. ولايترتب على قبول الدائن الوفاء الجزئى سقـوط حقه فى الحبس، غـير أن الدائن يجوز له أن ينزل عن حقه فى الحبس عن كل الشئ المحبوس كما يجوز له أن ينزل عن هذا الحق بالنسبة الى جزء من ذلك الشئ فيسلم بعضه ويستبقى البعض الآخر، ولايجوز للدائن أن يتعسف فى استـعمـال حقـه فى ذلك، فـاذا وفـى المدين الجزء الاكبر من الدين وطلب الاخـراج عن جـزء من الشئ المحـبـوب تعـين علـى الدائن أن يجيـبه الى طلبـه مـادام لايعيـبه هـو ضـرر من ذلك والا كان رفضـه اسـاءة لاستعمال حقه[٢] كما سيتضح لنا فيما بعد.

(د) الحـق فـى الحـبس يتـعلق بالمنقـول والعـقـار علـى السـواء، وهـو **لايخضـع لنظام الشـهر العـقارى اذا تـعلق بعـقار**، لأنـه

---

(١) يستوجب القانون المدنى السويسرى علاقة ارتباط عندما يكون غير التجاريين فى موضع خلاف: (المحكمة الفيدرالية بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٦٠، المذكور فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٦١م ص ٤١٢).

(٢) بودرى لاكانتينرى، المرجع السابق، نبذة ٢٤٤.

ليس حقا عينيا كما سيتضح عند تناول طبيعة الحق فى الحبس[١].

(هـ) **والحق فى الحبس لايتضمن حق امتياز:** فنصت المادة ٢/٢٤٧ على أن (مجرد الحق فى حبس الشئ لايثبت حق امتياز له).

وعلى ذلك، ليس للدائن الحابس - بصفته هذه - حق الأفضلية أو التتبع، على المعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية، وسنتناول هذا الموضوع بالتفصيل فيما بعد فى نطاق هذا البحث[٢].

---

(١) راجع فى هذا البحث الفصل الثانى «طبيعة الحق فى الحبس فى القانون المدنى المصرى».

(٢) انظر فى هذا البحث الفصل الرابع «حقوق الحابس».

المطلب الثاني
طبيعة الحق في الحبس
في القانون المدني المصري

لم يكن هناك شك في ان الحق في الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقا عينيا(١) ، اذ نص عليه في المادة (الخامسة فقرة أربعة، المادة التاسعة عشر من القانون المدني السابق) ضمن الحقوق العينية التي ترد على الأموال[٢]، هذا وقد ترتب على الأخذ بهذه النظرة الى الحق في الحبس أن قيدت حالاته وفصل بطبيعة اكلحال بينه وبين الدفع بعدم التنفيذ.

---

(١) اخذت بعض المحاكم المصرية بهذا الاتجاه اى باعتبار الحق في الحبس حقا عينيا: انظر فى ذلك محكمة الاسكندرية الابتدائية الوطنية ٢٩ يناير ١٩٣٠م، المجموعة ٣١ - ٢٠٤ - ٧٤ حيث ذهبت الى القول «بءن حق الحبس لاينشأ الا بتسجيله لابمجرد التعاقد» وعلى عكس ذلك: ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة الى القول بأن حق الحبس حق شخصي ٣ ابريل ١٩٢٩م فى المحاماة رقم ٤٦ ص ١٠٨ س ١٠ مجموعة فرونن ج٣ ص ١٢٣ رقم ٢، وانظر بند ٤٧ ومابعده.

(٢) جاء فى المادة ٥-٦٠٥ من التقنين المدنى السابق أنه «يكون الحق فى حبس العين فى الاحوال الآتية فضلا عن الاحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون:

أولاً: للدائن الذى له حق امتياز.

ثانياً: لمن اوجد تكحسينا فى العين ويكو حقه من اجل ماصرفه او ماترتب على صرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الاحوال.

ثالثاً: لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها» راجع كذلك المواد ١٤٦/٩٢، ٢٥٣/١٨٩ من هذا القانون وجميعها قاطعة فى اعتبار حق الحبس حقا عينيا.

ولقد تأثرت هذه النظرة الى الحبس باعتباره حقا عينيا بدخوله كعنصر من عناصر الحق العينى فى بعض الأحوال كالرهن الحيازى، وامتياز المؤجو، وامتياز صاحب الفندق.

ولكن الشراح عند عرضهم للآثار التى تترتب على هذا الحق لاحظوا انه لايخول الدائن ميزتى الحق العينى وهما أولويه التقدم لاستيفاء حقه على باقى الدائنين، أو التتبع أى تتبع استرداد العين فى أى يد تكون، وكان ذلك داعيا الى اعادة النظر فى الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى السابق.

ولهذا نجد أن المشرع فى التقنين المدنى الجديد أمام الانتقادات التى وجهت الى الحق العينى، ومهتديا فى ذلك بالاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع تخيرا تصويرا للحق فى الحبس يخرج به عن الخلاف التقليدى الذى كان دائراً بين عينية أو شخصية هذا الحق، فجعل منه نظرية عامة قوامها فكرة الضمان بأن يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ بمعنى أن له أن يدفع مطالبة دائنه حتي يؤدى التزامه المقابل، وهذا الأمر يتحقق بصورة أوضح فى العقود التبادلية(١)، وقد نصت على ذلك صراحة نصوص التقنين المدنى الحالى (م ٢٤٦ - ٢٤٨) حيث صورت حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين المدنى السابق، **بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان،**

---

(١) وقد نصت على ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى صراحة - مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥١ المواد من (٢٥٨ - ٢٦٠ من المشروع).

وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس وأصبح حقا فى الحبس، وعلى هذا النحو خرج المشرع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى التقنين المدنى السابق على سبيل الحصر الى حيز المبادئ العامة، وبذلك كفل له عموم التطبيق فى أحوال لاتتناهى. فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا الى حقه فى الحبس، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين، وكان مرتبطا به (م ٢٤٦ مدنى)، وكذلك حدد المشرع حقوق المحتبس والتزاماته «م ٢٤٧ مدنى» وبين ما لفقد الحيازة من أثر فى الحق فى الحبس (٢٤٨ مدنى).

- **وإزاء ماذهب اليه التقنين المدنى الحالى بعدم اعتبار الحق فى الحبس حقا عينيا، أمكن القول أنه يترتب على ذلك مايأتى:**

(أ) أن الحق فى الحبس يقوم فى كل حالة تتوافر فيها شروطه حتى ولو لم يكن منصوصا على تلك الحالة صراحة فى القانون، وهكذا خرج الحق فى الحبس فى ظل هذا التقنين الحالى عن نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى القانون المدنى السابق على سبيل التحديد والحصر الى حيز الانظمة والمبادئ العامة التى تجد لنفسها التطبيق فى أحوال لاتتناهى كما ذكرنا.

(ب) علاوة على أن القول بعدم اعتبار الحق فى الحبس حقا عينيا أن أصبح غير خاضع للشهر اذا تعلق بعقار، لأنه دفع لاحق عينى، والحقوق العينية العقارية هى الخاضعة للشهر(١).

---

(١) أنظر د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(جـ) كما أنه لايترتب على الحق فى الحبس حق التتبع ولا فى الأفضلية. وان كان الحق فى الحبس يؤدى الى حبس العين عن الكافة، ثم هو يؤدى بطريقة غير مباشرة الى أفضلية واقعية، عن طريق رفض الحابس تسليم الشئ حتى يستوفى حقه من طالب التنفيذ على الشئ[1].

- موقف الفقه المصرى:

اتجه غالبية الفقه المصرى الى الأخذ بما ذهب اليه المشرع المدنى وبما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى، والخروج فى بيان طبيعة الحق فى الحبس من النطاق الذى انحصر فيه الخلاف فى الفقه الفرنسي، فلا يعتبر الحق فى الحبس حقا شخصيا أو حقا عينيا.

- ولكن بالنظر الى اتجاهات الفقه المصرى نجد أنه انقسم فى بيان طبيعة الحق فى الحبس الى اتجاهات متعددة:

فنجد أن غالبية الفقه اتجه الى القول بأنه مجرد دفع من الدفوع. واتجه البعض الآخر الى اعتباره وسيلة من وسائل الضمان، وذهب جانب ثالث الى اعتباره ذو طبيعة خاصة، وأخيراً ذهب البعض من الفقه الى القول بأنه حقا عينيا من نوع خاص[2] Suigeneries **ولكل منهم حجته على الوجه الآتى:**

---

(١) أنظر د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص [illegible]

(٢) د/ محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية طبعة سنة ١٩٣٦ نبذة ٦٤٦.

أولا: ذهب غالبية الفقه[1] إلى القول بأن الحق في الحبس ما هو الا دفعا بالمعنى الحقيقي والفني له، أي أنه وسيلة من وسائل الدفاع التي يجوز للشخص أن يستعين بها للرد على مطالبة خصمه[2].

وقد انطلق هذا الرأي من الواقع فالحق في الحبس ليس حقا ماليا حتى يمكن النظر في ادخاله ضمن احد تقسيمات الحقوق المالية، أو اعتباره حقا ماليا من نوع خاص، فالحق في الحبس لا يدخل في تكوين الذمة المالية للشخص، فلا هو يزيد من عناصرها الايجابية اذا ثبت لشخص، ولا هو يضم الى عناصرها السلبية [illegible] صاحبه.

- ويؤيد ذلك أيضا أن الحق في الحبس [illegible] شيء مملوك للدائن الحابس ذاته، وهذا لا يستقيم مع اعتباره حقا عينيا،

---

(١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٥٤ بند ١١٥ - انور سلطان، جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٢٥٣ بند ٢٣٩ - السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٦٩/ ١١٧٠ بند ٦٣٩ - د/ عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ج٣ ص ٢١٧ - د/ عبدالمنعم فرج الصدة، أحكام الالتزام ١٩٥٥ ص ٨٥ رقم ٨٢، د/ محمود جمال الدين زكي، احكام الالتزام ١٩٦٧م ص ٨٥ رقم ٦٥.

(٢) انظر في التعريف بالدفع بصفة عامة، د/ احمد ابو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات الطبعة الرابعة ١٩٦٧م ص ١٧ رقم ١.

-morel (R): traite Elementaire de procedure civil 1949 p. 49, No. 46.

-solus (H): et perro (R): Droit judiciaire prive 1961 t 1,p. 284 No. 306.

وبالتوسع فى نطاق الحبس، يجعله شاملا طبيعة ذلك الحق ويتحتم اعتباره مجرد دفع من الدفوع.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية[(١)] هذا الاتجاه باعتبار الحق فى الحبس دفعا يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان بقولها: «اذ نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدنى على أن (لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا) فقد وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات فى أحوال لاتتناهى، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا الى حقه فى الحبس مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به. ومن ثم فان الحق فى الحبس دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان، وشرطه أن يتوافر الارتباط بين الدينين...».

- **ولكن يحدونا التساؤل عن طبيعة الدفع بالحبس؟**

من المتفق عليه أن الدفع لايقضى على الالتزام، فالتزام المتمسك بالدفع يظل قائماً، وانما يترتب على هذا الدفع وقف تنفيذ الالتزام حتى ينفذ المتمسك عليه بالدفع التزامه أو يعرض بتنفيذه عرضا حقيقياً[(٢)].

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١١م فى الطعن رقم ٧٥٥ سنة ٤٥ق.

(٢) اسماعيل غانم، مصادر الالتزام ج١ ط ١٩٦٦م ص ٣٢٢ رقم ١٦٢ د/ عبدالمنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ١٩٦٠م ص ٤١٤.

-Marty (G) et raynaud (R): Droit civil T 11 V.1 1962, p. 261, No. 294.

فيستطيع الحابس أن يمتنع عن رد العين المحبوسة الى صاحب الحق في تسلمها[١].

ومما سبق يمكن القول بأن الدفع بالحبس أو بعدم التنفيذ ماهو الا دفعا تأجيليا[٢]. يقصد به تأجيل تنفيذ التزام الحابس المتمسك بالدفع وسنده في ذلك القانون[٣].

- ولكن الى أى نوع من أنواع الدفوع ينتمى الدفع بالحبس والدفع بعدم التنفيذ[٤]؟

يقسم فقه المرافعات التقليدى الدفوع الى ثلاثة أنواع[٥]: دفوع موضوعيه، دفوع شكلية، ودفوع بعدم القبول على الوجه الآتي:

---

(١) السنهوري، الوسيط، ج٢ص١١٧٤- ١١٧٥ رقم ٦٧٠.

(٢) بلانتيول في تعلق له علي نقض فرنسي أول ديسمبر ١٨٩٧ داللوز ١٨٩٨- ١- ٢٨٩.

-Abry et Reu, par Bartin: cours de Droit civil franc aic, t- 12, 5 ed 1922, p. 15, No. 747.

د/ عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام ١٩٦٠ص٤١٤ رقم ٥٢٤.

(٣) د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤١٤ رقم٥٢٥.

(٤) أنظر في عرض ذلك د/ محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق فى الحبس، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة العاشرة يولية ١٩٦٨م – العدد الثاني ص ٤٣٧.

(٥) أنظر د/ رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٥م ص ٤٢٨ رقم ٣٦٧ – د/ احمد ابوالوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات عام ١٩٦٧م ص ٢٧ رقم ١ ومابعده. د/ عبدالمنتعم البدراوى، اثر المدة فى الالتزام سنة ١٩٥٠م ص ٢٤٩ رقم ٧٧٢.

(أ) فالدفوع الموضوعيه:

هـي التي توجـه الي الحق الذي يطالب به المدعي سـواء تعلقت بأصل وجوده، أو بمداه أو بانقضائه .

(ب) والدفوع الشكليه:

هي التي توجه الي وسيله حمايه الحقوق، أو أختاص المحاكم.

(جـ) الدفوع بعدم القبول:

هي التي تتوجه الي وسيله حمايه الحقوق، وهي الدعوي فهي بمثابه أنكار حق المدعي في اقامتها(١).

ومما سبق نجد أن **الدفع بعدم قبول الدعوي يتفق مع الدفوع الشكليه في أنه لايتناول موضوع الحق، ويختلف معها في انه لايوجه الي صحه اجراءات الخصومه، ولايتعلق باختصاص المحكمه.**

-أما بالنسبه لطبيعه الدفع في الحق بالحبس:

فالمتمسك به لاينكر حق خصمه لافي وجوده ولافي مداه، ومن ثم فلا يعد دفعا موضوعيا، كذلك لايتوجه الدفع بالحبس الي اجراءات الخصومه ولا اختصاص المحكمه ومن ثم فلا يعد دفعا شكليا.

أنما يقرر الحابس ما اذا كان يتمسك بعدم جواز اجباره علي تنفيذ التزامه بالتسليم قبل ان ينفذ خصمه التزامه المرتبط به، فهو لاينكر علي المدعي حقه الموضوعي، لكنه ينكر عليه حقه في رفع الدعوي

---

(١) د/ أحمد مسلم، اصول المرافعات١٩٦٨ ص٥٧١ رقم ٥٢٦ ومابعده .

طالبا التسليم قبل ان يقوم بتنفيذ التزامه المقابل، فهو دفع بعد القبول[1]. يجوز ابداؤه لاول مره أمام المحكمه الاستئنائيه[2]، ويترتب علي أبدائه سقوط الحق في الدفوع الشكليه، والدفع بعدم التنفيذ[3].

- وفي القول باعتبار الحق في الحبس دفعا ما يبرر عدم اشتراط حصول اعذار او الالتجاء الي القضاء قبل استعماله، فيترك الدفع بعدم التنفيذ، والحبس لتقدير الطرف الذي يتمسك به وذلك بخلاف الفسخ، **ويرجع ذلك الي أنه يتمسك بدفع لابدعوي، وطريقه الدفع: أن من يتمسك** به لا يحتاج الي رفع دعوي ، **بل هو الذي** ترفع الدعوي عليه ،فيتمسك عند ذلك بالدفع .

- ثانيا: ذهب البعض الاخر من الفقه الي القول:

بأن الحق في الحبس انما هو وسيله من وسائل الضمان يجوز للدائن أن يلجأ أو أن لا يلجأ اليها لضمان حقه[4].

ثالثا:ولكن ذهب رأي ثالث **في الفقه الي القول بأن الحق في** الحبس حق من طبيعه خاصه فلا هو بالحق العيني ولا هو بالحق

---

(١) بري الاستاذ الدكتور/ صلاح الناهي، المرجع السابق، ص١٧٠ بند ١٧٧ ان الدفوع بالامتناع المشروع قريبه الشبه بوسائل الدفوع الموضوعية.

(٢) أنظر: كاسان، المرجع السابق، ص ٦١٢ حيث يري «إنه يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأول مره أمام محكمه النقض، كما هو الحال في المقاضاه لانه من المسائل القانونيه البحته».

(٣) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ٤٤٨- ٤٤٩.

(٤) أنظر في هذا الرأي د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٦١٩، أنظر جوسران، المرجع السابق، ج٢، نبذه ١٤٦٦، بودريلاكانتينري، المرجع السابق، نبذه٢٢.

الشـخـصـي[١]. وازاء ذلك ذهب أنصـار هـذا الرأي الي القـول: بأن (الحبس حق من طبيعه خـاصـه، فـلا هو بالحق العيني ولا هـو بالحق الخاص، وإن كان هـو الي الاول أقرب، وليس بعجيب في عالم القانون، أن يبتدع المشرع حقا من طبيعه خاصه. فهناك حق بالغ في أهميته من هذا النوع، وهو الحق المعنوي أو الذهني، أي ذاك الذي يرد علي نتـاج الخـاطر والقريحة، كحق المؤلف علي فكرته، والمخترع علي إختراعه، والموسيقي علي لحنه)[٢].

- **وقد ذهب هذا الرأي الي انتقاد الرأي القائل بأن الحق في الحبس ماهو الا دفعا من الدفوع قائلا :** «أن هذا القول لايحسب الجدل في شئ، فهو ابتعاد عن مجابهة الصعوبه وليس حلا لها. فاعتبار الحق في الحبس أحدي وسائل الضمان، كما جاء في مجموعتنا المدنيه، لايعني بالضروره أن صفه الحق منتفيه عنه، اذ ان وسـائل الضمـان في اغلبها حقوق، سواء أكانت حقوقا شخصيه كالكفاله أو عينيه كالرهن بنوعيه، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز، وكذلك **لايعني شيئا القول بأن الحق في الحبس هـو مجرد دفع، فـالدفع كالدعوي تماما، وسيله من وسائل حمـايه الحق، فـإن كـان الحق في الحبس يباشـر في أغلب الحـالات العمليه في صوره الدفع، فأن هذا لايعني أنه ليس حقا، وفضـلا عن هذا فـقـد يباشـر الحق في الحبس في صـوره الدعوي،** كما نص القانون علي ذلك بنفسه في الماده ٢/٢٤٨ منه، ويحصل ذلك في الحـاله التي يخرج فيهـا الشئ المحبـوس من يد الحـابس خـفيه أو بالرغم من معارضته، اذ يجوز للحابس هنا أن يرفع دعوي باسترداد

(١) أنظر في هذا الرأي د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٢١٧ ومابعدها.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٢١٧ رقم ١٢٥.

الشئ خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يدها، وقبل أنقضاء سنه من وقت خروجه»[١].

- **هذا وقد رد أصحاب الرأي القائل بالدفع كطبيعه للحق في الحبس على الرأي السابق القائل بأن طبيعه الحق في الحبس أنما هي طبيعه خاصه بقولهم:**

(أن هذا القول يشير الي الرأي الذي يعتبر الدعوي في حد ذاتها حقا يقوم الي جانب الحق الذي تحميه، فمادامت الدعوي وهي وسيله من وسائل حمايه الحقوق تعتبر في حد ذاتها حقا[٢].، فما الذي يمنع من اعتبار الدفع وهو كذلك وسيله من وسائل حمايه الحقوق حقا؟

أن الدعوي لو اعتبرت حقا فلن تكون حقا من الحقوق الماليه يكم ادراجه ضمن اقسام هذه الحقوق، أو حتي اعتباره قسما منها قائما بذاته. (فالحبس أذن دفع ولايمنع من اعتباره كذلك أنه قد يباشر في صوره وعلي ذلك فأن اعتبار حق الحبس حقا لايتعارض مع اعتباره دفع)[٣]. فالحبس اذن دفع ولايمنع من اعتباره كذلك أنه قد يباشر فى صورة دعوى فى حالة ما اذا خرج الشئ المحبوس من يد الحابس خفية أ، بالرغم من معارضته فهذه حالة استثنائية اذ الفرض فى استعمال الحبس أن الشئ موجود فى حيازة الحابس، فاذا خرج الشئ من حيازته دون علم منه، أو بعلمه، ولكن بمعارضة منه، فأن دعواه باسترداده انما هى نتيجة لحقه في حبسه الذى يستعمل فى صورة امتناع عن تسليم الشئ لمن يطلبه أى فى صورة دفع دائماً[٤].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٢١٦/٢١٧ بند ١٢٥.

(٢) أنظر في تأييد اعتبار الدعوي حقا: د/ فتحي والي، في نظريه البطلان في قانون المرافعات القاهره ١٩٥٩ ص١٣ رقم ٤ ومابعدها.

(٣) أنظر في هذا الرد د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص٤٤٥/٤٤٦.

(٤) قارن: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٢١٦/٢١٧ بند ١٢٥.

المطلب الثالث
شروط الحق فى الحبس
فى القانون المدنى

– تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على أنه:

١) لكل من التـزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفـاء به، مـادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

٢) ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرره اذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ماهو مستحق له، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع».

وظاهر من هذا النص أنه يشترط لقيام الحق فى الحبس توافر الشروط الآتية:

أولاً: وجود شئ فى يد الدائن الحابس عليه التزام بأدائه لمدينه.

ثانياً: وجود حق مستحق للدائن الحابس فى ذمة مدينة.

ثالثاً: وجود ارتباط بين الدينين.

هذا وسنتناول هذه الشروط بالشرح التفصيلى وذلك فى فروع على الوجه التالى:

الفرع الأول
وجود شئ في يد الدائن الحابس
عليه التزام بادائه لمدينة(١)

- لكى يوجد الحق فى الحبس لابد من محل يقع عليه هذا الحق، ولابد من وجود الشئ محل الحبس فى حيازة الحابس(٢)، أو فى ذمته

---

(١) انظر فى الفرنسى:

- Planiol, Repert et Eamein : Traité de Droit civil t VI Paris 1952 No. 450

جوسران، المرجع السابق، بند ١٤٧٣ - بلانيول وريبير، الموجز ج ٢ بند ٢٢٧٠.

انظر في الفقه المصرى: د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٢٧ ومابعدها بند ١٠١ - د/ أنور سلطان، جلال العدوى، المرجع السابق، بند ٢٠٤ ص ٢٢٢ ومابعدها، د/السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٧٥ ومابعدها بند ٦٤٢ - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٦ ومابعدها بند ١٦٥ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢١ ومابعدها بند ١٢٨.

- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٥ ومابعدها بند ٤١٠ - د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق، ص ١٣٧ ومابعدها، بند ١٧٦.

(٢) ليس من الضرورى أن يحوز الحابس الشئ بنفسه، بل يجوز أن يحوزه عنه عدل من الغير، ويلزم هنا الاتفاق بين الحابس وبين مالك الشئ المحبوس على حيازة العمل نيابة عن الحابس (د/ عبدالفتاح عبدالباقى ، المرجع السابق، ص ٢٢٢ بند ١٢٨)، وعلى عكس ذلك ذهب بعض الشراح الى القول بأن المشرع قد استبعد استثناءا الحق فى الحبس فيما يتعلق بالنقل البحرى (د/ مصطفى طه، أصول القانون البحرى بند ٤٠١، بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق، ج٦ بند ٤٥٠)، وذلك أن المادة ١٢٥ من قانون التجارة البحر السابق وان كانت لاتبيح للربان أن يحبس البضائع فى السفينة بسبب عدم دفع اجرتها، الا أنها تعطيه الحق فى ايداعها عن اصحابها لحين دفع المستحق له، وفى هذا تنظيم خاص للحق فى الحبس لا استفاء له فى مجال النقل الجبحر (اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٨ هامش (٢) - د. صلاح الناهى، المرجع السابق، بند ١٧٥ ص ١٧٦ ومابعدها).

وأن يتعلق به حق مدين الحابس بأى وجه من الوجوه[1] أى سواء كان الشئ المحبوس مملوكا لنفس الحابس وعليه التزام بادئه للمدين - فالمؤجر مثلا وهو مالك العين المؤجره له حبسها عن المستأجر حتى يستوفى الأجرة [2]- أو لمدينة أو للغير[3].

- فالحق بطبيعته يستلزم أن يكون الشئ تحت سلطة الحابس[4] حتى يستطيع أن يمتنع تسليمه، ولكنه يبدو أنه لايلزم أن يكون الحابس حائز للشئ، بما تتطلبه الحيازة من نية الظهور بمظهر المالك الشئ amimus domino بل يكفى فيه ان يكون مجرد محرز للشئ détenteur أى تكون حيازته حيازة عرضية، وهذا مادعا المشرع الى النص فى المادة ٢/٢٤٦ «بأن الحق فى الحبس يثبت لحائز الشئ أو محرزه اذا أنفق عليه مصروفات ضرورية أو

---

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣، المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤.

(٢) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٠٤، د/ سليمان مرقس فى التأمينات العينية فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥، ص ٥٩٦،

(٣) كسان، المرجع السابق، ص ٤٨٤ - كولان وكابيتان، المرجع السابق، ج٢ ص ١٤٧٣ - انسيكلوبيدي، داللوز ج٤ ص ٧٠٥ بند ١٦ - دريدا، داللوز ج٤ فقرة ١٦ ص ٧٠٥ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٧ بند ١٠١، د/ اسماعيل مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥٥ ومابعدها بند ٤١٠ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢١ ومابعدها بند ١٢٨.

(٤) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣م المجموعة ٢٥ - ٩٤ - ٥٥ فاذا كان الشئ قد خرج من يد الدائن بارادته قبل ان يتمسك بحبسه، فلا يحق للدائن فى طلب استرداده لحبسه (المنصور/ة الابتدائية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤م المجموعة ٣٢ - ٥٢ - ٢٣).

نافعة» كالمستأجر مثلا: اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة[١].

- واذا لم يكن الشئ مملوكا للدائن الحابس، فيجب أن يكون الشئ قد وصل الى يد الحابس بطريق مشروع اذ لايجوز للدائن ان يستولى بالقوة على شئ مملوك لمدينة وأن يحبس هذا الشئ وفاء لدينة[٢] فإذا كان التزام الحابس بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالسرقة أو الغضب فلا يجوز لمن سرق عينا أو اغتصبها من مالكها أو ضائعة فاستولى عليها، وانفق عليها مصروفات ضرورية أو نافعة أن يحبسها عن المالك حتى يستوفى ماهو مستحق له، لأن التزامه بالرد لم يكن مصدره مشروعا. محرزه من الحق فى حبسه اذا كان التزامه برده «ناشئا عن عمل غير مشروع».

- **حيازة الحابس للشئ بحسن نية أوبسوء نية:**

ثار خلاف حول حق الحائز سئ النية فى حبس الشئ اقتضاء لما أنفق من مصروفات، **فقد جرى القضاء الفرنسى** على عدم الاعتراف للحائز سئ النية بالحق الحبس، ولايجعل الحق فى الحبس الا للحائز حسن النية، وقد أيده فى هذا بعض من الفقهاء[٣]، وانتقده البعض

(١) انظر حكم محكمة النقض بجلستها ١٩٦٨/١٢/١٠م مجموعة المكتب الفنى المدنية ص ١٥٠٤ ب.

(٢) بلانيول وريبير، الموجز ج ٢ نبذة ٣٢٧٠.

(٣) انظر جيللوار، المرجع السابق ج٢ فقرة ٧١ طبعة ١٨٩٦ حيث لايجعل الحق فى الحبس الا للحائز حسن النية، فينكر هذا الحق على الحائز سئ النية.

الآخر[١]، أما فى مصر فذهب غالبية الفقهاء[٢]، ويؤيدهم فى ذلك القضاء[٣]، ونص المادة ٢/٢٤٦ مدنى مصرى الى القول: بأن العبرة فى حيازة الشئ محل الحق ليس بنية الحائز بل بأصل وضع اليد، وعلى ذلك فيحرم الحائز من حق الحبس اذا توصل الى الحيازرة بطريق غير مشروع، كغصب للعقار وسرقة للمنقول فانه لايجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ماأنفق عليها مادام قد حازها بعمل غير مشروع بل يجب عليه تسليمها الى صاحبها حتى ولو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر، أما فى غير هذه الحالة فلا تأثير لسوء النية فقد يكون

---

(١) أنظر جو سران، المرجع السابق ج ٢ فقرة ١٤٧٥ حيث ينتقد القضاء قائلا «اما ان يعطى الحائز سئ النية تعويضا اصلا، واما ان يعطى تعويضا فيكون له الحق فى الحبس ضمان هذا التعويض، وليس حتما ان يكون الحائز سئ النية شخصا فاسد الذمة، فالمستأجر للعين والشريك فى الشيوع كلاهما حائز سئ النية، وسواء كان الحائز حسن النية او سيئها بالارتباط هو قائم مابين الدينين» وانظر ايضا.

Demolomde : Droit civli contracts t 1 No: 682.

- بلانيول،المرجع السابق، ج ٢ فقرة ٢٥٢٤ حيث يجعلون الحق فى الحبس للحائز حسن النية وللحائز سئ النية على السواء.

(٢) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٨٣ هامش رقم (٣)، ص ١٨٤ - د/ أنور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٢٣/٢٢٤ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٠٣ ومابعدها فقرة ٦٥١ - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٧ ومابعدها، بند ١٦٥.

(٣) انظر حكم محكمة النقض فى جلستها بتاريخ ١٩٧٣/١٢/١٨م مجموعة المكتب الفنى المدنية ص ١٢٨٧.

انظر عكس ذلك: من ان الحائز السئ النية ليس له الحق فى الحبس: استئناف اسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩.

الحائز سيئ النية، ومع ذلك يكون له الحق في الحبس اذ لم يكن قد توصل الى وضع يده على الشئ بطريق غير مشروع، كأن يكون قد حاز عينا مسروقة او ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها او عثر عليها، ولا يلزم ان تتوافر في يد الحابس الحيازة بركنيها المادى والمعنوى اذ تكفى الحيازة العرضية فيثبت الحق فى الحبس للمستأجر[١]، وللمودع عنده[٢] والمستعير، والوكيل عن عديمى وناقصى الأهلية، والفضولى، كما يكفى مجرد الاحراز، فمثلا قد يكون الشئ تحت يد وكيل او مستأجر ويظهر بمظهر المالك للشئ، ويقوم بوصفة مالكا للشئ، وينفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له الحق فى حبسه عن مالكه حتى يستوفى ماأنفق لأن الالتزام بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة، وعقد الايجار وان كانا سيئى النية عالمين بعدم أحقيتهما فى الحيازة القانونية[٣].

- ولكن البعض الآخر من الفقهاء[٤] ذهب الى التفرقة بالنسبة للحائز الذى توصل الى وضع يده على الشئ **بطريق غير مشروع** كالاغتصاب، وانفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة **بين فرضين**، فيحرمه من الحق فى حبس الشئ عن الحائز الأصلى اذا لم تكن قد مضت سنة على حيازته، أما اذا نقضت هذه المدة **فيبيح** له الحق فى حبس الشئ على اساس انه بمضى سنه

(١) أنظر حكم محكمة النقض بتاريخ ٢٩/١٠/٦٧ - ١٨ - ١٥٧٢

(٢) نقض مدنى ٢٧/٦/١٩٦٣م مجموعة النقض المدنية س ١٤ ص ٩٥٦

(٣) د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٨ ومابعدها بند ٦٥.

(٤) أنظر د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٢/٢٢٣ بند ١٢٨.

يكون له الحق فى دفع كل تعرض له فى حيازته، ولو وقع من نفس المالك اى يعتصم بدعوى منع التعرض، وفى هذا المعنى يقول صاحب هذا الرأى (والظاهر ان قانوننا الحالى لايهتم بنية منفق المصروفات وقت انفاقها، ويهتم فقط بطبيعة التزام الحائز برد العين. فان كان هذا الالتزام ناتجا عن عمل غير مشروع، بأن كان الحائز قد اخذ العين عنوة وغصبا، ماكان له ان يعتصم وراء الحق فى الحبس، ويشترط، لكى يحرم الحائز هنا من الحق فى الحبس أن يطلب منه صاحب الحيازة المغتصبة استردادها فى خلال سنة من انتقال هذه الحيازة الى المغتصب والا أصبح للمغتصب الحق فى الحيازة وكان له ان يدفع التعرض عنها ولو وقع من نفس المالك (راجع المادة ٩٦١ مدنى مصرى). اذ يكون من العسير هنا القول بأن التزام الحائز بالرد ناتج عن عمل غير مشروع، ويظهر من ذلك أن للبانى فى ملك الغير، الحق فى حبس الشئ حتى يستوفى مايحق له ووفقا للقانون «راجع فى تحديد حقوق الباني فى ملك الغير بسوء نية المادة ٩٢٤، وحقوق البانى بحسن نية المادة ٩٢٥» فى مقابل المصروفات الضرورية أو النافعة التى ينفقها على الشئ، دون اعتبار لما اذا حصل هذا الانفاق بحسن نية أو بسوء نية).

- ولكن ينتقد غالبية الشراح هذا الرأى لأنه:

أولاً: يتعارض مع مقتضيات العدالة وحسن النية وهما أساس الحق فى الحبس.

ثانياً: لأنه يفتقر الى سند فى التشريع يبرر مثل هذا الاستثناء وذلك لأنه لايجوز الاحتجاج بنص المادة ٩٦١ مدنى، لأن محل الاعتصام بهذه الدعوى أن يعمد المالك الى استيفاء حقه بنفسه

ولكنها لاتحرم المالك من مطالبة فى الحبس.

- محل الحق فى الحبس:

عندما نرجع الى نص المادة ٢٤٦ مدنى مصرى تنص على أن «لكل من التزم باداء شئ:...».نجد أنه يوحى بأن الحق فى الحبس لايقع الا على الأشياء المادية.

ولهذا ذهب بعض الشراح: الى القول بقصور النص وعدم مسايرته التشريعات الحديثة كالتشريع الألمانى الذى لايتزم النظرية التقليدية فى تصوير الحق فى الحبس، بل نزل على مقتضيات العدالة فوسع من نطاق هذا الحق حتى شمل كافة الالتزامات أيا كان مضمونها.

ومثال ذلك: أن يكون للوكيل اذا لم يستوف ماهو مستحق له مقابل ماأنفق من مصروفات فى تنفيذ الوكالة، أن يمتنع مؤقتا عن الوفاء بما تفرضه عليه الوكالة من التزامات وذلك استنادا الى اعتبارات العدالة وحسن النية حيث يقتضى ذلك أن يكون الحق فى أن يمتنع عن التسليم كما يكون له أن يمتنع عن تنفيذ الوكالة ذاتها فيتوقف عن القيم بالأعمال التى كلف بها.

ولهذا ذهب غالبية الشراح:[1] إلى القول بأنه لاتهم طبيعة هذا

---

(١) انظر د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٢٤/٢٢٥ بند ٢٠٦ د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ٥٩٥ ومابعدها بند ٤١٠ - د/ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند ١٤٧٦ ومابعدها - د/ عبدالمنعم البدراوي، المرجع السابق، بند ١٦٥ ص ١٨٦ ومابعدها - د/عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢١/٢٢٢ - د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق، بند ١٧٧ ص ١٣٧ ومابعدها.

الشئ الذى يرد عليه الحبس[1]، حيث يستوى أن يكون عقارا أو منقولا مثليا أو قيميا، مادية أو غير مادى بل يتجه الرأى الغالب الى امكان ورود الحبس على العمل او الامتناع عنه[2] وعلى ذلك يجوز للمقاول وهو ملتزم بعمل، ان يمتنع عن تنفيذ التزامه، حتى يوفى له رب العمل متعهد بتعجيله اليه من اجر، كما يجوز لصاحب الأرض التى تقرر عليها حق مرور لأرض محبوسة نظير تعويض عادل «م ٨١٢ مدنى مصرى» أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بعدم التعرض وهو التزام بامتناع عن عمل حتى يستوفى هذا التعويض.

- وان كان القول السابق بأن محل الحق فى الحبس يقع على الالتزام بامتناع عن عمل de ne pas faire يتعارض مع نص المادة ١٩٤٥ من التقنين المدنى الفرنسى والتى تنص على أنه «اذا كان الالتزام التزاما بالامتناع عن العمل وجب على المخالف التعويضات بمجرد ارتكاب المخالفة» ولكن الواقع ان التناقض هنا ظاهر فقط، ويمكن التوفيق بين الامرين فلا ينطبق حكم المادة ١٩٤٥م من التقنين المدنى الفرنسى الا اذا كان الدائن قد قام بتنفيذ ماعليه. من تسديد مقابل أو عرض الوفاء عرضا صحيحا فازال بذلك حق المدين فى الدفع بعدم التنفيذ، حينئذ يستحق التعويض بمجرد ارتكاب المخالفة. كل

---

(١) (أنظر كسان، المرجع السابق، ص ٤٨٢ ومابعدها).
(صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ١٥١/١٥٢ بند ١٥٧.

(٢) انظر: د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، بند ٦٤٢ د/ عبدالودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام ط ١٩٨١م بند ١٦٤ - وقرب: د/عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، بند ٨٠ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند ٤١٠ **وقرب ايضا فى الفقه الفرنسى** : جوسران الذى استخدم للتعبير عن محل الحبس لفظة «الأداء» Préstation

هذا يشرط الا يكون فى اقدام الملتزم بالامتناع عن عمل على ارتكابه تعذر العودة الى الامتناع عنه عندما يعرض الخصم التسديد حالا، لأن فى ذلك خرق الالتزام الى غير عودة وتجاوز حدود الدفع بعدم التنفيذ[1].

- قيود محل الحق فى الحبس:

اذا كان الأصل ان الحق فى الحبس يرد على كافة الأشياء المادية، سواء كانت عقارات أو منقولات وسواء كانت من القيميات ام من المثليات[2].الا ان هناك بعض القيود التى تحد من هذا الأصل حيث يستثنى منه مايأتى:

(أ) الأملاك العامة: فلا يصح أن تكون محلا للحبس لأن فى حبسها تفويت للمصلحة العامة التى اعد لها هذا الملك أى تعطيل المنفعة العامة التى خصصت لها تلك الأملاك فمستأجر الملك العام لايجوز له حبسه حتى يستوفى ما انفقه عليه من مصروفات[3]. وان كان

---

(١) د/ صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ١٥٢/١٥٢ بند ١٥٩.

(٢) استئناف مختلط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ - ٤٦ - ص ٢١ ولايرد الحق فى الحبس على الاشخاص بأى حال فلا يجوز مثلا للمدرسة ان تحبس التلميذ عن ولى امره لعدم دفعه مصروفات الدراسة، ولا لمستشفى الولادة ان يدعى حق الحبس على الطفل المولود، ولا لمتعهد الجنازة ان يمتنع عن تليم جثة الميت الى اهله لعدم دفعهم مصاريف الجنازة (انظر فى هذا بيدان وفواران، نبذه ٢٧٣).

(٣) راجع داللوز انسيكلوبيدى ج٤ ص ٧٠٥ بند ١٧ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٠١ - د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى المرجع السابق، ص ٢٢٢ بند ٢٠٤ ومابعدها د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٠ ومابعدها بند ٦٤٢ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢١ بند ١٢٨.

ذلك يتعارض مع حق الحابس الذى تمليه اعتبارات العدالة الا أنه اذا تعارضت مصلحته مع مصلحة عامة فضلت عليه هذه الأخيرة، الأمر الذى يؤدى الى القول معه بعدم امكان ورود الحق فى الحبس على الأشياء العامة لأنه يؤدى كما ذكرنا الى تعطيل للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الأموال

(ب) كذلك لايقع الحق فى الحبس على الاشياء التى تكون غير قابلة للحجز عليها بمقتضى الدين الذى يريد الدائن الحبس من أجل استيفائه، فلا يحبس هذا الشئ عن صاحبه الا بقدر مايكون قابلا للحجز عليه فى هذا الدين[1] مثل: الحجز على الأجور والمرتبات الخاصة بالخدم والصناع والعمال ومرتبات المستخدمين الا بمقدار الربع، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة، والنصف الآخر لما عداه من الديون (م ٤٨٨ مرافعات).

ومن أمثلة ذلك أيضا: الحجز على الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التى يستعملها بنفسه فى عمله، ولا من الحبوب والدقيق اللازمين لقوت المدين وعائلته لمدة شهر الا لثمنها أو لمصاريف صيانتها أو لنفقة مقررة (م ٤٨٥ مرافعات مصرى) فلا يجوز حبسها الا فى دين من هذه الديون فقط.

- وكذلك لايجوز للدائن أن يحبس ماقد يكون لديه من الفراش اللازم للمدين وزرجته (م ٤٨٤ مرافعات)[2].

---

(١) بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق، ج٦ نبذه ٤٥٠ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٧٧.

(٢) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٦ بند ٤١٠.

وعلة ذلك: أن الحبس يتمثل في العمل في صورة حجزتحت يد نفسه[١] علاوة على أن في حبس الشئ تفويت للغرض الذى قصد المشرع تحقيقه بتقرير عدم قابلية الشئ للحجز عليه[٢]، مثل عدم الحجز على قوت المدين لمدة شهر حتى لايترتب على ذلك حرمانه مما يقتات به، وحتى لايقع فريسة للجوع وأسرته.

(جـ) كما لايحق للحابس ان يحبس الاشياء التى فى حيازته لحفظها حفظا ماديا بمقتضى واجبات وظيفته. فلا يجوز للصراف فى محل تجارى مثلا ان يحبس الخزانة المعهود بحفظها اليه حتى يستوفى أجره[٣].

(د) وقد اختلف فى جواز حبس العين الموقوفة ولكن الراجح جوازه لأن الحبس حق مؤقت لايؤدى الى بيع العين المحبوسة فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ولايفوت الغرض من الوقف[٤].

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية لمشروع التنقيح - مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥١ حيث جاء بها: «من هذا الوجه لايعدو ان يكون توسعا فى فكرة المقاصة، وليس يمتنع ان تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل عند التطبيق فى صورة حجز يوقعه المدين تحت يد نفسه».

(٢) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٥٠ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٦٤٢.

(٣) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٥١ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٧٩ هامش (٢).

(٤) استئناف اسيوط ٢٧ فبراير ١٩٢٩، المحاماة ٩ ص ٣٩٩ رقم ٢٢٢ - محكمة قنا الكلية ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٧م، المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥، الاسكندرية ٢٦ مايو ١٩٣٠م المحاماة ١١ - ٢٧٨ - ١٥٥ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٦/٥٩٧ بند ٤١٠.

(هـ) اذا كان الاتفاق او العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تاليا لتنفيذ الالتزام الأول لم يجز للطرف الأول حبس مايستحقه الطرف الثانى الي حين تنفيذه لالتزامه[1]. فمثلا جرى العرف بأن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل ان يستوفى الأجر فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى اجره، كذلك اذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة، لم يجز له أن يحبس الأجره متى يتسلم العين.

- هل يجوز أن يكون محل الحق فى الحبس مال معنوى؟

يجوز للشخص أن يتمسك بحق حبس الأشياء المادية التى تكون بين يديه أى فى حيازته سواء كانت عقارا أو منقولا - كما ذكرنا (الا أنه ليس من الضرورى أن يخص هذا المال الحائز نفسه...) - وكذلك الأوراق والوثائق يمكن أن يحتفظ بها الدائن لممارسة الضغط بها على خصمه، وفى المقابل فان الحق فى الحبس لايجوز ممارسته على مال معنوى مثل حق دين، وحق شائع، ويجوز فقط تطبيقه على السند الذى يؤكد حق الدين وعلى موضوع الحق المشاع على الأموال التى تكون المجموع.

(١) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٥٨/٢/٤م - مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٩ ص ١٥٠٤ بأنه «يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين الا يوجب العقد علي المتعاقد الذى ابدى الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر. اذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما يلتزم به دون ان ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لأتزامه».

وقد اثيرت هذه المسألة عندما عرضت واقعة على محكمة النقض الفرنسية[١] فى ١٦ مارس ١٩٦٥م وتعطى تطبيقا لذلك حيث «وافقت شركة اعتماد على منح قرضين لأحد التجار من اجل شراد عربتين بتأسيس الرهن المنصوص عليه بواسطة تنظيم تمويل المبيعات بالأجل وفضلت الاطراف تسليم المقرض الوثائق اللازمة ونظراً لأعلان العميل بأنه فى حالة نظام قضائى طالبت الشركة بممارسة الحق فى الحبس على هذه الأوراق بحيث لاتتنازل عنها الا عند السداد، وقد اقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض - والتى نقضت قرار لمحكمة الاستئناف التى رفضت هذا الادعاء - شرعية هذا الحبس اذ أنها رأت أن حيازة الوثائق وحق الدين يتكون مصدرهما من علاقة قانونية واحدة فالحق فى الحبس يمارس أيضا على السند الذى يؤكد حق الدين وهو موضوع الحق فى الجبس. ولايجوز ممارسته على مال معنوى مثل حق الدين والحق الشائع أو جملة أموال فى مجموعها.

---

(١) Cass. comm. 16 mars 1965, Bull 1965, III, P. 171, n 200, d,arret duibunal federal suisse en date du 29 nov. 1960 (Rep. trim. Droit cidil, 1961, 112) va encore plus loin dans le meme sens, puisqu,il autorise un execuleur stamentaire qui etait en meme lemps l,avocat- con seil de la veuve du de cujus, retenir des popiers- valeurs appartenant a elle et geres par lui v. suprd 19.

الفرع الثاني
وجود حق مستحق للدائن الحابس
فى ذمة مدينة

- مبررات وجود الشرط:

- ان هذا الشـرط لم تذكره المادة ٢٤٦ عند تكحـديدها للقواعد العامة للحبس، ولكن ليس هناك شك فى وجوب توافره، اذ تقضى المادة ١٦١ مـدنى مـصـرى بأنه «في العـقـود الملزمـة للجـانبين **اذا كـانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء** جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

وهذا النص يعنى أنه لايصح الدفع بعـدم التنفـيـذ الا اذا كـانت الالتزامـات المتقـابلة مسـتحقة الوفـاء، والدفع بعـدم التنفيذ، ماهو الا مجرد تطبيق للحق فى الحبس - وفقا لرأى غالبية الفقه - وفضلا عن ذلك فـالمادة ٤٥٩ مـدنى مـصـرى التى تمنح البـائع الحق فى الحـبس، قاطعة فى وجوب ان يكون التزام المشترى بدفع الثمن حالا حيث نصت على ذلك بأنه:

«١) اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال، فللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفى ماهو مستحق له، هذا مالم يمنح البائع المشترى جلا جديدا».

وكـذلك النصــوص الأخـرى التـى وردت تطبـيـقـا لقـاعـدة الحــق فــى الحـبـس، واشـتـرطت أن يـكون حــق الحـابـس حـال الأداء (م ٤٥٧، ٦٠٥، ٨٦٠)[1]. فـلابـد مــن توافــر هـذا الشـرط فــى كل حالة يراد فيها تطبيق هـذه القاعدة.

---

(١) (د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٤ هامش (٢)).

- بالاضافة الى ان طبيعة الحق فى الحبس تستلزم ان يكون الالتزام المضمون بالحق فى الحبس حالا لأن هذا الحق وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على الوفاء ولايصح الزام المدين بالوفاء اذا لم يكن الدين حالا أى لايصح الزامه بالوفاء قبل حلول اجل الدين(١).
- علاوة على ان المشرع قد نظم الحق فى الحبس باعتباره احدى وسائل الضمان وقالت عنه المذكرة الايضاحية بأنه «من هذا الوجه لايعدو ان يكون توسعا فى فكرة المقاصة، وليس بممتنع ان تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل عند التطبيق فى صورة حجر يوقعه المدين تحت نفسه»(٢).

ولاشك ان الضمان لايتحرك الا اذا كان الحق المضمون حال الأداء، وتصوير المشرع لهذا الحق باعتباره من قبيل المقاصة او الحجز تحت يد الدائن يستلزم وجود هذا الشرط فالمقاصة لاتقع الا اذا حصن التمسك بها (م ٣٦٥ مدنى مصرى) ولذلك اشترط فيها أن يكون حق من يتمسك بها مستحق الأداء (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى). وكذلك الحجز الذى يوقعه الدائن تحت يده (م ٥٧٣ مرافعات) فلابد من توافر هذا الشرط ايضا فى ثبوت الحق فى الحبس قياسا على المقاصة والحجز تحت يد المدين لتشبيه المذكرة الايضاحية للحق فى الحبس بهما.

---

(١) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٣/٥٩٤ بند ٤٠٩ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٣/٢٢٤.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥١.

وبعد هذا فيشترط **ان يكون التزام الدائن الحابس مستحق الأداء** أى حالا[١]. dette echue بحيث لايكون فى وسع المطالب بالاستحقاق ان يحتج بالاجل لتجنب التنفيذ الحال، ولهذا يتعين استبعاد الحبس اذا كان الالتزام المقابل لحق الحابس معلقا على شرط واقف او مضافا الى اجل واقف[٢]. **على انه لايمنع من الحق فى الحبس ان يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى** (délai de grâce) **نظرة ميسرة، أو تبرع بها الدائن**[٣]. **مالم يثبت هذا المدين ان الدائن** يمنحه اجلا جديدا قد اراد التنازل عن حقه فى الحبس، **وعبء اثبات**: نية التنازل عن حق الحبس يقع على عاتق المدين، أو كانت هذه النية مفترضة فى جانب الدائن بنص خاص فى القانون حيث ينتقل عبء الاثبات الى الدائن، كنص المادة ١/٤٥٩ مدنى التى تحرم البائع من حبس المبيع بعدم استيفاء الثمن اذا كان قد منح المشترى اجلا بعد البيع[٤].

- **اما فيما يتعلق بعبء اثبات استحقاق الدين:** فيقع على المدعى لأن الأصل ان البينه على من ادعى واليمين على من أنكر، وبناء على ذلك. فان عبء الاثبات فى استحقاق الدين الحال يقع على الدائن الحابس فعليه ان يثبت ان المدين المطالب بالاستحقاق عليه التزام قبله مرتبط بالدين المطالب به. وان كان هذا العبء عمليا ينتفى فى العقود

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٩٦٦/١٢/١٩م مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٩٦ ص ٢٠٤٥.

(٢) (بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق ج٦ ص ٤٥٣).

(٣) أنظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ بند ١٠٤ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨٣ هامش (٢) .

(٤) أنظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ بند ١٠٤ - د/ انور سلطان د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٢٦ بند٢٠٩ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨٣ هامش (٢) د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٩ بند ١٦٦.

التبادلية لأن تمسك المطالب بهذه العقود التبادلية يتضمن اعترافا ضمنيا بأن عليه التزام مقابل المدعى عليه، وبذلك يعفى المدعى عليه من عبء الاثبات حيث يكون فى هذه الحالة على الدين المطالب اثبات قيامه بالتنفيذ (١).

- وينبغى أيضا أن يكون حق الحابس مقابلا لالتزام مدنى لا لالتزام طبيعى، أى يكون هذا المدين ممكن التنفيذ جبرا dette dont i,éxécution forcée pent etre exihée لأن فى الحبس اجبار غير مباشر على التنفيذ ولاجبر فى تنفيذ الالتزام الطبيعى لانتفاء عنصر المسئولية فيه (م ٢٠١، ٢٠٢ مدنى مصرى)(٢).

أما فى الفقه الفرنسي: فقد اختلف الشراح الفرنسيين حول مدى امكان الحابس فى حبس الشئ محل الالتزام بالتسليم حين يكون دائنا بدين طبيعى فى ذمة المدعى المطالب بالاستحقاق أن يدفع بالحق فى الحبس الى رأيين:

(أ) **ذهب الرأى الأول** الي القول بعدم امكان ذلك حيث يستلزم ان يكون الدين مدنيا أى يمكن التنفيذ الجبرى عليه، لأن الحق في الحبس ماهو الا وسيلة اجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام لا جبر فى تنفيذه لانتفاء عنصر المسئولية عنه(٣).

---

(١) كسان، المرجع السابق، ص ٥٠٤/٥٠٥.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٣/٢٣٤ بند ١٠٤ - د/ انور سلطان د/جلال العدوى، المرجع السابق، ص ١٤٨٠ د/ عبدالمنعم البيدراوى، المرجع السابق، ص ١٨٨ بند ١٦٦.

(٣) انسيكلوبيدى، داللوز ج٤ ص ٧٠٤ بند ١٥ - كسان المرجع السابق، ص ٥٠٨ والهامش رقم (٣) من نفس الصفحة.

(ب) **أما الرأى الآخر** من الشراح الفرنسيين[١]: فذهب الى امكان قيام الحابس بحبس الشئ محل الحبس مقابل أن يكون له التزام طبيعى لدى المدين المطالب بالاستحقاق، **وقد إستند أنصار هذا الرأى على بعض الحجج التى تؤيد قولهم هذا**:

-- حيث استندوا الى عدم وجود نص يقرر مايخالف ذلك فى التشريع الفرنسى.

- كما استندوا الى العدالة، والى بعض النصوص الرومانية، وبموجبها كان يجوز للدائن بدين طبيعى أن يستند عليه للتمسك بحق الحبس وبالمقاصة بين ديون ناجمة عن عين السبب exeadem causa

ولقدانتقد هذا الرأى على الوجه الآتى:

(أ) إستناداً الى خصائص الدين الطبيعى فى الشريعة الرومانية محل نظر، لأن هذا الدين ذو آثار ضعيفة فى القانون المدنى الفرنسى، حيث أنه غير ملزم فى التنفيذ الا اذا نفذ برضاء المدين، ولايمكن اعتبار الحق فى الحبس تنفيذ عن رضاء لأن الحق فى الحبس وسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على تنفيذ ما التزم به تجاه الدائن الحابس.

(ب) أما ما احتجوا به من النصوص اللاتينية فان بعضها يتصل باعتبارات لصيقة بالشريعة الرومانية ككون المتعاقد رقيقا، أو كون العقد من العقود العرجاء claudicantie **التى يترتب عليها التزامان احدهما** مدنى على عنق احد الطرفين، والآخر طبيعى على عاتق الطرف الثانى القاصر عن الالتزام مدنيا بدون تدخل من له الولاية

---

(١) ماسول، فى الالتزام الطبيعى de l,oblihateon naturelle ص ٦٢ ومابعدها، ص ٢٤٧/٢٤٨ - فلوارد، المرجع السابق، بند ٤١.

عليه، اما التزام القاصر او المرأة المتزوجة في فرنسا دون اشتراك الوصي tuteur أو الزوج يترتب بموجبه على عاتق ناقص الأهلية التزام مدني وان جاز له ان يطلب ايقاع بطلانه دون الطرف الآخر، اما اذا لم يطلب ذلك وطلب خصمه بالوفاء قبل الايفاء فان لخصمه ان يجابهه بالدفع بعدم التنفيذ، واذا ابطل العقد فان التزام القاصر برد جميع ماعاد عليه بفائدة ليس التزاما طبيعيا، ولكنه التزام مدني، وبذلك يكون للطرف الآخر التمسك بالحق في الحبس عندما يقضى ببطلان العقد بعد تنفيذه من الجانبين[1].

- **ويشترط ان يكون حق الحابس المستحق الاداء محقق الوجود:** Certain أي خاليا من النزاع. وعلى ذلك لايجوز الحبس في حق متنازع عليه منازعة جدية، بل يشترط أن يكون حق الحابس خاليا من النزاع liquide، فلا يجوز للمستأجر أو للمودع عنده مثلا أن حبس الأجرة، أو الشئ المودع مدعيا أنه يستحق تعويضا قبل المؤجر أو المودع اذا كان القضاء لم يفصل بعد في النزاع.

- **ولكن رأى بعض الفقهاء الفرنسيين:** أن القول بضرورة أن يكون حق الدائن محقق الوجود أي خاليا من النزاعLiquide عند ابتداء المقاضاة praces من شأنه أن يعطل هذا الحق، ولهذا لايمكن الأخذ بهذا الشرط الا بنص صريح لأن الأصل هو الاطلاق والاستثناء هو التقييد ولا تقييد الا بنص صريح من الشارع ولايوجد[2].

---

(١) انظر، كسان، المرجع السابق، ص ٥٠٩/٥١٠ – عرائض فرنسي ١٢ ابريل ١٩٠٠ في سيرى ١٩٠١، ١٢، ١٩٣ – وانظر في عرض ذلك النقد د/ صلاح الناهي، المرجع السابق، ص ١٥٧/١٥٨.

(٢) انظر غلاسون Glasson المرجع السابق، ص ٦٣ – غلوارد (Guillouard، المرجع السابق، بند ١٧٠ ومابعدة – كسان، المرجع السابق، ص ٥٠٥.

* واذا مارجعنا الى التشريع الفرنسى والمصرى لن نجد هذا النص بل نجدهما يشترطان لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع فقط، **ولايصح قياس الحق فى الحبس هنا على المقاصة، لأن القياس هنا سيكون قياسا مع الفارق: لأن المقاصة** ماهى الا وسيلة جبرية لانقضاء الالتزامات المتقابلة بقدر الدين الأقل منهما double paiement obréhé ولهذا يلزم فيها توافر هذا الشرط. أما الحق فى الحبس ماهو الا مجرد وسيلة من وسائل الضمان الغرض منها اجبار المدين على الوفاء بالالتزام المقابل، أو التأكد من أنه سيقوم بالوفاء بالتزامه عن طريق تقديم ضمان لذلك، وليس وسيلة لانقضاء الدين، **علاوة على أن المقاصة** أيضا تقع بين الدينين.

- وقد استند أصحاب الرأى السابق فى تأييد رأيهم بعدم لزوم وجود شرط الخلو من النزاع فيما يتعلق بحق الدائن الحابس، الى ماجاء فى المادة ٤٦٤ من قانون المرافعات الفرنسى والتى تجيز التمسك لأول مرة أمام الاستئناف بطلب المقاصة فى صورة طلب من متطلبات الدفاع «une denian de reconventionnelle en compensation» دون أن تشترط أن يكون حق الدائنية المتمسك به خلوا من النزاع ويعزو لنفس السبب الذى يعزى اليه دين المدعى عليه[١]، كما أن فى وسع القاضي دائما حين يتبين له أن منازعه الخصم غير جدية أن يقرر أن حق الدائنية الذى يتمسك به المدعى عليه خلو النزاع[٢].

---

(١) يقول الاستاذ الدكتور السنهورى فى الموجز فقرة ٥٨٨ ص ٦١٠ أنه «كما يستطيع (المدعى عليه) ان يرفع دعوى فرعيه بحقه المتنازع فيه عندما يرفع عليه الطرف الآخر دعوى اصلية بحقه الثابت، ويصل من طريق هذه الدعوى الفرعية الى المقاصة القضائية.

(٢) د/ صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ١٥٥/ ١٥٦ بند ١٦٣.

وقد اتجه القضاء الى تأييد الرأى الأخير فى عدم تطلب الخلو من النزاع لاجازه التمسك بالحق في الحبس[1].

- **وأرى أن ماذهب اليه انصار الرأى الاخير من شرط عدم تطلب الخلو من النزاع بالنسبة لحق الحابس يتفق مع العدالة** لأن اشتراط هذا الشرط فى ظل دينين بينهما رابطة أيا كان نوعها وحرمان الدائن الحابس من التمسك بالحق فى الحبس لعدم توافره من شأنه أن يؤلم الشعور بالعدالة. وان كان هذا الشرط يصح فى ظل وجود دينين منبتى الصلة أى الأسباب.
- علاوة على أن فى القول بعدم توافر هذا الشرط لايترتب عليه أى ضرر بالنسبة للمدين صاحب الشئ محل الحبس لأنه يستطيع وفقا لنص المادّة ٢٤٦ مدنى مصرى أن يتلافى ذلك بأن يقدم ضمان لحق الحابس، وبالتالى يستطيع أن يتسلم الشئ محل الحبس، وفى هذا أيضا مايتفق مع العدالة من عدم اهدار حق الحابس لمجرد أنه محل لمنازعه أمام القضاء.
- هذا ويترتب على هذا الرأى الذى لايشترط أن يكون حق الدائن الحابس خاليا من النزاع أى محقق الوجود أن لايكون هذا الحق معلوما اى مقدرا اذلا محل للقياس على المقاصه القانونية كما ذكرت آنفا، لأن الحق فى الحبس هو من حقوق الضمان، ولذا لايتطلب فيه

---

(١) كسمان، المرجع السابق، ص ٥٠٦. وانظر عكس ذلك حكم محكمة أجان Ahen فى ١٩ يناير ١٨٤٣ س ٤٣، ٢ ٢٨١ حيث قرر هذا الحكم «ضرورة خلو حق الدائنية الذى يتمسك به المحتبس من النزاع» ولكن يمكن تعليل هذا الحكم بعدم وجود أى ارتباط موضوعى، ومنه صدر الحكم بضرورة خلو حق الدائن من النزاع.

ان يكون الدين مقدرا[1] على ان عدم اشتراط معلومية المقدار، لايمنع من وجوب قيام الدائن بتقدير حقه فى اجل معقول يحدده القاضى، أو أن يقوم القاضى بتقدير هذا الحق تقديراً مؤقتا حتى لاتطول مدة حبس الشئ[2].

- ولايشترط أن يوجد تناسب بين قيمة الشئ المحبوس وبين مقدار حق الدائن الحابس، فيجوز الحبس ولو كانت قيمة الشئ تزيد عما هو مستحق للدائن زيادة كبيرة، مادام قد تحقق الارتباط بين حق الدائن والتزامه بأداء الشئ كما سيتضح فيما بعد.

- الحق فى الحبس والتنفيذ الصورى:

فى غالب الأمور نجد المطالب لايقدم على المطالبة بالتسليم الا اذا قام بتنفيذ التزامه المقابل للحابس، **ولكن التساؤل الذى يطرح فى مثل هذه الحالة هل يحق للحابس أن يتمسك بالحق فى الحبس اذا كان التنفيذ الذى قام به المطالب صوريا أى معيبا أو ناقصا أى جزئيا:**

للاجابة على هذا التساؤل نفرق بين الوفاء الجزئى، والوفاء المعيب:

أولاً: بالنسبة للوفاء الجزئى:

---

(١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٤/٢٣٥ بند ١٠٤ د/ انور سلطا، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٢٦ بند ٢١٠ – د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨١ ومابعدها – د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٩٣ ومابعدها بند ٤٠٩ – استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣٢م محاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ١٤٥، ٩ فبراير ١٩٣٧م محاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤، استئناف مختلط ١٥ فبراير ١٩٣٩م محاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨.

(٢) استئناف مختلط سنة ١٩٣٣م مج. ت. م ٤٦ ص ٢١، ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦م مج – ت – م ٤٨ ص ١٥٢ – د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨١ هامش (١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٤٥ بند ٦٠٤ – قارن دريدا فى موسوعة، داللوز ج ٤ ص ٧٠٤ بند ١٥.

اذا قام المدين المطالب بالاسترداد لحقه بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا فان ذلك لايمنع من تمسك الدائن الحابس بالاستمرار فى حبس الشئ الذى تحت يده أى فى حيازته حتى يتم الوفاء الكلى من قبل الطرف الآخر، لأن الضمانة المترتبة على التمسك بالحق فى الحبس لاتتجزأ وان اختلف معنى عدم التجزؤ باختلاف الأحوال، فليس للمدين أن يلزم الحابس بقبول تسديد جزئى متى كان مدينا بكل التسديد، ولايلزمه أيضا اذا كان مدينا بجزء منه فقط مع آخرين ففى هذه الحالة أيضا لايلزم الحابس بالوفاء الجزئى الذى اداه وان كان قد اى ماعليه لأن التسديد الجزئى وان كان مجزيا كاملا من حيث مايجب على مدين معين الا أنه غير مجز ولا كامل بالنسبة للدين كله حيث لم يزل هناك جانب آخر لم يقم به بقية أطراف الرابطة وبذلك يكون قيام أحدهم فقط بتسديد ماعليه بمثابة تسديد جزئى من بعض الوجوه، فلا ينبغى أن يترتب عليه أثر من حيث ترتب الحق فى الاستيفاء[1]. وذلك بشرط ان يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءاً غير تافه والا كان متعسفا فى استعمال حقه.

ويؤيد ذلك: مانصت عليه المادة ٢/٤٣٢ مدنى مصرى من أنه «لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» ومانصت عليه المادة ٢٠٨٣ مدنى فرنسى ونصها «أن رهن الحيازة المعقول لايقبل التجزئة، رغم تجزؤ الدين بين ورثة المدين أو ورثة الدائن فلا يكون في وسع وارث المدين حين يكون قد قام بأداء نصيبه من الدين ان يطالب برد نصيبه من الرهن مادام الدين لم يوف بتمامه، وعلى وجه التقابل فان وارث الدائن

---

(١) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ ص ٤٥٧ - انسيكلوبيدك، داللوز ج ٤ ص ٧٠٨ بند ٦٧.

حين يقبض نصيبه من الدين لايمكنه أن يعيد الرهن اضراراً بمن لم يسدد نصيبه من شركائه فى الميراث».

والنص يوضح لنا أنه لو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين فان الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفى الباقى بأكمله كما ذكرنا حتى ولو انقسم الدين الذى فى ذمة المالك على ورثته بعد موته فان الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه فى الدين. **والحكم السابق من ناحية تقسيم الديون على الورثة واقع فى القانونالفرنسى الا أنه لايقع فى الشريعة الاسلامية:** لأن قواعد الميراث فى الشريعة الاسلامية والمرعية فى مصر وفى مقدمتها المبدأ الكلى القاضى بأن. «لاتركه الا بعد سداد الديون»، أى أن التركة لايتم توزيعها على الورثة الا بعد سداد الديون وعلى ذلك فلا تقسيم للدين على الورثة كما فى القانون الفرنسى.

- وقد ايد القضاء الفرنسى فكرة عدم تجزئة الضمانة المترتبة على الحق فى الحبس فى مجال الارتباط المعنوى، حيث قضت محكمة باريس بقولها «ان العامل والصنائعى حين يعهد اليهما بمواد أولية لصنعها يكون فى وسعهما عند عد اداء الاجر ان يحبسا جميع الأشياء التى تم صنعها دون تمييز بين ماعهد اليها به بعد ذلك متى كان التصرف واحدا»[١] وقد رفض القضاء الفرنسى ايضا كل تفرقة بين الاشياء التى تم صنعها وبين مالم يتم صنعه بعد[٢].

---

(١) محكمة باريس اغسطس ١٧٩٢ فى دوارش Douarche محاكم باريس خلال الثورة ج١ ص ٢٨٢ مدنى - ليون ٢١ يناير ١٩٠٤ مج ليون ٣١ مارس ١٩٠٤ - انظر كسان، المرجع السابق هامش رقم (٢) ص ٦٣٤.

(٢) عرائض ١٣ مليون ١٩٦١م ليون ٢٥ مارس ١٨٧١ - كسان هامش رقم (١) ص ٦٣٥، ص ٦٣٤.

وتجيز محكمة النقض الفرنسية للوكيل ان يحبس فى سبيل ماقدمه من سلف ومايستحقه من اتعاب جميع الاشياء والمستندات التى عهد بها اليه حتى مالم يكن منها موضوع أية رعاية خاصة او اى تسليف خاص. متى كانت هذه الاشياء والمستندات قد عهد بها اليه تسهيلا لمهمته[1] والذى يبرر هذا التوسع من حيث المحل طبيعة الارتباط من كونه ارتباطا اراديا.

أما فيما يتعلق بالارتباط المادى فيقتصر الحبس على كل عين نجم الدين بمناسبتها[2] ومهما يكن فالقضاء الفرنسي لايطبق مبدأ وحدة الضمان المترتب على الحق فى الحبس تطبيقا مطلقا بل أنه غالبا مايراعى ضرورة التناسب والتكافؤ حين يكون المطالب بالاستحقاق قد قام بشئ من التسديد اعمالا لحسن النية[3].

ثانيا: التنفيذ المعيب:

قد يقوم المدين المطالب بالشئ محل الحبس بتنفيذ التزامه، ولكن هذا التنفيذ يشوبه عيب من العيوب، فهل بعد هذا التنفيذ المعيب يبقي حق الدائن الحابس في حبس الشئ محل الحبس أم يسقط حقه، وعليه تسليمه، ثم يطالب بعد ذلك بما يترتب من حقوق بناء علي هذا التنفيذ الصوري كاصلاح العيوب اللصيقه به أو تخفيض الثمن الي غير ذلك؟

---

(١) مدنى فرنسى رفض ١٧ يناير ١٨٦٦ س ٦٦. ١. ٩٢، و٦٦. ١. ٧٧ – محكمة السين ١٧ فبراير ١٨٨٨ hazpal، ٨٨. ٢ (ملحق ٧٢) كسان هامش رقم ٢ ص ٦٣٥.

(٢) كسان، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(٣) كسان، المرجع السابق، ص ٦٣٥ ومابعدها.

اختلف الفقه في الاجابه علي هذا التساؤل علي الوجه الآتي:-

(أ) **ذهـب جـانب مـن الفـقـه الفـرنسـي**[١] الـي القـول بـأن الحـق فـي الحبس يبقي قائـما طـالما أن الطـرف الآخـر قـام بتـنفيذ التـزامه تنفـيذا مـعيبـا، **بشـرط أن يكون العـيب في التنفـيذ عيبـا جـديا** والمرجع في معرفه جديه العيب من عدم جديته مرده فـي النـهايه للقضاء يزنـه ويقدر العيب في كل حاله علـي حده فاذا كان العيب جديا كان للـدائن الحابـس الحق في استـبقاء الـشئ مـحبوسـا تحت يده.

ويؤيد مـاذهب اليـه أصـحـاب الرأي مـاجاء في نص المـاده ١٢٢٠ مـدني فرنسي والتي تنص علي أن «الالتـزام، ولو كـان قـابلا للانقسـام ينبـغي أن ينفـذ بين الدائن والمدين كمـا لو كـان غيـر منقسم، ولا مـحل لتطبيق الانقسـام الا بالنسبه لورثتـهمـا.. الخ». وأن العروض الحقيقيه لاتكون مجديه الا اذا تضمنت عرض جميع ما هو واجب علي الدائن (م ١٢٤٤، ١٢٥٧ مدني فرنسي).

وقد أيد ذلك جـانب من الفقه المصري[٢]، والمشرع المصري عندما

---

(١) نصت الماده ١/١٢٤٤ مدني فرنسي علي أنه «ليس في وسع المدين مطلقا أن يجبر الدائن علي أن يقبل تجزئه اداء الدين، ولو كان مما يقبل الانقسام، ومع هذا ففي وسع القضاء نظرا لدفع المدين، وبشرط أن يستخدموا سلطتهم هذه بتحفظ كبير أن يمنحوا مددا معقوله للأداء، وأن يوقفوا تنفيذ اجراءات المطالبه، وفي هذه الحاله يبقي كل شئ علي حاله».
أما الماده ١٢٥٧ فهي متعلقه بالعرض والايداع ويشترط فيهما أن يكونا صحيحين -Vala-blement faitss مجزيين- وظاهر من اهم أوجه الصحه المقتضاه لها أن يراعي فيهما نص الماده ١٢٤٤ المذكوره عاليه أي أن لايكون العرض مقتصرا علي جزء من التسديد الواجب بل لكل التسديد الواجب ولو كان الدين مما يقبل التجزئه.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، ص١٤٨٢، أنور سلطان، د/ جلال العدوي، المرجع السابق ص٢٢٨ بند ٢١٢.

نص في الماده ١/٣٤٧ علي أن «الشئ المستـحق أصـلا هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن علي قبول شئ غيره ولو كان هذا الشئ مساويا له في القيمه أو كانت له قيمه أعلي».

(ب) أما الرأي الآخر(١): فيري عدم امكان استعمال الحق في الحبس اذا ما قام الطرف الآخر المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا معيبا أو صوريا. لأن في القول بامكان الحبس بصفه مطلقه حتي يصدر الحكم النهائي لكون التسديد معيبا يؤدي الي تشجيع اساءه الانسان لاستعمال حقه علاوه علي أن في ذلك اضرارا بالمدين المطالب.

وأرى أن ماذهب اليه أصحاب الرأى الأول لهو الراجح حيث يحق للحابس اذا ماقام المدين بالوفاد المعيب أو الصورى فى أن يستمر فى حبس الشئ الى حين الوفاء الصحيح. لأن فى القول بغير ذلك ينافى العدالة، والعدالة تقضى بمعاملة الشخص بمقصوده ولقد كان المدين الذى قام بالوفاء المعيب سئ النية عندما قام بالوفاء المعيب حيث تستلزم حسن النية فى المعاملات والتى تقضى بأن يلتزم كل طرف باداء التزامه اداء صحيحا وليس معيبا وفى هذه الحالة تقضى العدالة بالنسبة لسئ النية أن لايستفيد من سوء نيته وبالتالى يحق للحابس الاستمرار فى حبس الشئ. علاوة على ان فى استمرار الحبس للشئ لايترتب عليه أى ضرر للمدين حيث يستطيع أن يتخلص من الحبس بتقديم ضمان بدلا منه لحين صدور الحكم النهائى الذى يفصل فى العيب وكل ذلك يتفق مع قول الرسولﷺ «أنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ مانوى».

---

(١) أنظر في ذلك كسان المرجع السابق، ص٥١٥،

الفرع الثالث
الارتباط بين الدينين
فى القانون المدنى المصرى

- ان المشرع المصرى رفض التصوير الذى ذهب اليه غالبية الفقه الفرنسى وذلك في المادة ١٦١ مدنى مصرى فى الدفع بعدم التنفيذ بقصره على العقود الملزمة للجانبين، كما نصت المادة ٢٤٦ مدنى مصرى على شرط الارتباط بين الدينين بأن يكون التزام الطرف الآخر «مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبط به».

ومعنى هذا النص أنه يجب أن توجد هناك علاقة ارتباط وسببيه debitum Gun Rejunctum بين التزام الحابس بتسليم الشئ المحبوس، وبين الالتزام المترتب لصالحه فى ذمة مدينة الذى يطالبه بهذا التسليم فالحق فى الحبس لايثبت للشخص في جميع الأحوال التى يكون فيها دائنا لمن يحق له تسلم الشئ بل يجب ان يكون حقه مترتبا فى ذمة طالب التسليم بسبب التزامه هو بذلك التسليم ومرتبطا به[1].

- ومعنى هذا القول أن الحق فى الحبس لايتحقق الا اذا كان الالتزامان قد نشأ من عقد ملزم للجانبين **وهذا مادفع غالبية الفقهاء[2] الى القول:** بأن التعبير الذى ورد فى نص

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٢٢٤.

(٢) يرجع ورود لفظ (السبب) ١/٢٤٦ الي خطأ في ترجمه العباره الفرنسيه التي صيغ بها النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، فالعباره التي استخدمت في المادة ١/٣٣١ من المشروع التمهيدي، وهي تقابل الماده ١/٢٤٦ من التقنين المدني المصري هي a l,occasion et en commexite والترجمه الصحيحه لكلمه al,occasion هي بمناسبه وليست بسبب كما جاء في الترجمه العربيه (أنظر د/ اسماعيل غانم ص٢٤٦ هامش (٢) د/ السنهوري المرجع السابق، ص٢٤٨ هامش (٤)، ص١٤٨٨ هامش (٣). د/ محمد شكري، المرجع السابق، ص١٣٩ ومابعدها بند ١٨٣).

المادة ٢٤٦/١ مدني مصري يتجاوز الغرض الذى قصده المشرع، فليس بشرط أن يكون سبب التزام المدين هو التزام الحابس باداء الشئ، فإن ذلك لايتحقق الا اذا كان الالتزامان قد نشأ من عقد ملزم للجانبين، بل هو لايقتصر علي دائره العقود اطلاقا. فيكفي اذن وجود رابطه تربط العين بالدين المحبوسه من أجله

Rapport de connexite entre et la chose debitum cunre junctam.

ويكفي أن يوجد هذا الارتباط بين الشئ وبين الدين ولايشترط أن توجد علاقه سببيه بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشئ، ولذلك فان عباره المادة ٢٤٦/١ مدني غير موفقه.

ومما يؤيد ذلك: ما جاء في المذكره الايضاحيه لمشروع تنقيح القانون المدني «أن الجوهري في نظام الحبس بأسره هو وجوب توافر الارتباط بين دينين، فالمتعاقد في العقود التبادليه أن يحتبس مايلزم باداته حتي يفي المتعاقد الآخر بالتزامه، باعتبار توافر الارتباط بين الالتزامين علي نحو لايحتاج الي بيان[١]، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو في جملته ليس الا تطبيقا خاصا من تطبيقات حق الحبس[٢]، ومن تطبيقات حق الحبس كذلك مايعرض عند انفاق الحائز مصروفات ضروريه أو نافعه علي الشئ الذي يكون في يده، فمثل هذا الحائز ملزم برد الشئ الي مالكه، ولكن من حقه في الوقت نفسه أن يسترد ما أنفق من تلك المصروفات، فثمه التزامان مرتبطان علي وجه التبادل أو

(١) القول بأن توافر الارتباط في هذه الحاله لايحتاج الي بيان يرجع الي أن هذا الارتباط هو الارتباط القانوني الأمثل.

(٢) انظر مازو، دروس في القانون المدني، فقره ١١٢٤ ومابعدها.

القصـاص يتفرع علي ارتباطهما هذا اثبات حق صاحب اليد في ان يحبس الشئ حتي يستوفي ماهو مستحق له الا أن يكون قد أحرز هذا الشئ بوسيله غير مشروعه (كالسرقه مثلا)[١]».

ومما سبق نجد أن المشـرع قد أخذ برأي وسط، فلا هو قصـر الحق في الحبس علي أحوال الارتباط القانوني الذي يقتضي أن يكون الالتـزامـان مـتقابلين وناشئين من عقد واحد كما في العقود الملزمه للجانبين التي يأخذ فيها حق الحبس صوره الدفع بعدم التنفيذ، ولاهو توسع في شرط الارتباط واستغني عنه اكتفاء باجتماع صفتي الدائن والمدين في شـخص الحـابس كما فعل تقنين التجاره الالماني (م ٣٦٩ منه)[٢]، بل اكتفي بأن يكون بين الدينين ارتباط دون أن يعين نوع هذا الارتباط، فكان في عبارته متسع لكل نوع من الارتباط، بين الدينين[٣].

- وعلي ذلك لايكفي لقيام الحق في الحبس أن يحوز الدائن شيئا واجب الاداء لمدينه، بل يجب أن يكون هناك ارتبـاط بين الالتـزامين[٤]،

---

(١) أنظر مجموعه الاعمال التحضيريه للقانون المدني ج١ ص٦٥١.

(٢) يلاحظ ان القانون التجاري الالماني لايستلزم، لثبوت الحق في الحبس للدائن، توافر علاقه الارتباط والسببيه بين التزامه بالتسليم وبين دين المدين، فهو يكتفي بكون الشئ المحبوس مملوكا للمدين وبأن يكون الالتزام المضمون بالحبس ناتجا من العلاقه التجاريه (راجع الماده ٣٦٩ تجـاري الماني)، ولكن القـانون المدني الالماني (م ٢٧٣ منه) يسـتلزم توافـر عـلاقـه الارتباط والسـببيه هذه في العـلاقات المدنيه- ويؤيد اتجاه القانون التجـاري في الارتباط كولان وكابيتان، المرجع السابق ج٢، الطبعه الثامنه ص٨٦٦ ومابعدها.

(٣) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٥٩٧ بند ٤١١.

(٤) انظر حكم محكمه النقض بتاريخ ٢٧ يونيه ١٩٦٣، مجموعه أحكام النقض السنه ١٤ رقم ١٣٣ ص٩٥٦ .

وبعباره أخري أن يكون حق الحابس قد وجد بمناسبه التزامه بالرد.

ولكن مما يتألف هذا الارتباط؟ من العسير تحديد مضمون مفهوم لايعرفه القانون، ويختص القاضي بتقدير وجوده، ومع ذلك يتم رسم اطار النظام مع خصوصيه الضمان الذي يجلبه عند اجراء بحث منهجي لحقوق الدائن علي المدين التي زودتها النصوص أو القضاء بحق الحبس، وفي هذا الصدد، ومن هذا المنطلق نجد أن القضاء والفقه[1] **يفرق بين نوعين:**

(أ) الارتباط المعنوي أو القانوني

"connexite intellectuelle ou juridique"

(ب) الارتباط المادي أو الموضوعي "connexite materialle ou objective"

اولا: الارتباط القانوني أو المعنوي

- يقوم الارتباط القانوني connexite juridique أو المعنوي inteliectuelle حيث توجد علاقه قانونيه تباد‌ليه بين الالتزامين أي التزام

---

(1) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٥ ومابعدها بند ١٠٥ ومابعده - د/ أنور سلطان، د/ جلال العدوي، المرجع السابق، ص٢٢٨ ومابعدها، بند ٢١٣ ومابعده د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٥٩٧ بند ٤١١- السنهوري، المرجع السابق، ص١٤٨٤ ومابعدها بند ٦٤٣- د/ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص١٨٩ ومابعدها بند ١٦٧ ومابعده - د/طلبه وهبه، المرجع السابق، ص١٠٢ ومابعدها بند ٩٨.

وأنظر في تطبيقات القضاء الفرنسي: نقض (تجاري) ١١-٧-١٩٨٣ (د. ١٩٨٤- أ.ر٨٢٠) وفيه أيدت المحكمه حكم الاستئناف الذي رفض الادعاء بحق في الحبس لتخلف شرط الارتباط). أنظر نقض فرنسي ١٩٨٣/١٢/١٣ (د١٩٨٤- أ.ر ٢٤٨) .

الحابس وحقه أيا كان مصدرها انفساخ أو بطلان عقد أو قد توجد بمناسبه عقد ملزم لجانب واحد، وقد توجد أيضا دون وجود علاقه تعاقديه بين الطرفين **وذلك علي الوجه الآتي:-**

(أ): قد يكون مصدر العلاقة التبادلية بين الالتزامين عقدا ملزما للجانبين «عقداً تبادليا» وهذه أعلى درجات الارتباط، اذ تقوم بين الالتزامين علاقة سببية، ويتخذ الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ exceptio non adimpleti الذى يستند الى نظرية سبب الالتزام. فالدفع بعدم التنفيذ ليس الا تطبيقا خاصا من تطبيقات الحق فى الحبس، على الأقل فى الحالة التى يكون فيها التزام من يتمسك بالدفع التزاما باداء شئ فيحبس الشئ الى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه.

- ومن تطبيقات هذه الصورة فى القانون المدنى المصرى:

(١) عقد البيع:

ان للبائع حق الحبس فى جميع البيوع مدنية كانت أو تجارية منجزة أو شرطية، مالم يكن البيع بثمن مؤجل سواء تم التأجيل فى صلب العقد أم حدث بعد تمامه اذ يعتبر تأجيل الثمن فى الحالين بمثابة تنازل عن حق الحبس، لذا فان نظرة الميسرة التى يمنحها للمشترى لايسقط مها حق الحبس لأنها غير ارادية وعلى ذلك: يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يدفع المشترى الثمن (م ٤٥٩)[(١)] ويحق للبائع وفقا لنص هذه المادة أن يحبس الشئ المبيع حتى ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع، فان المبيع نفسه مثقل بامتياز

---

(١) ذارا، المرجع السابق، ص ١٤٤/١٤٣ - غلوارد، المطول فى البيع ج١ ص ٢١٦.

البائع، فليس البائع في حاجة الى مزيد من الضمان، وانما هو فى حاجة الى استيفاء حقه[١].

- **كذلك يحق للمشترى ان يحبس** الثمن حتى ينفذ البائع التزامه بتسليم المبيع حيث نصت المادة ٢/٤٥٧، ٣ مدنى على أنه:

«٢) فاذا تعرض احد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل من البائع، أو اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشترى، جاز له مالم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا.

٣) ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ماإذا كشف المشترى عيبا فى المبيع».

وطبقا لنص المادة يحق للمشترى أيضا ان يحبس الثمن بصورة دفع بعدم التنفيذ اذا ماخشى أن يتعرض له أجنبى فى ملكية الشئ المبيع مستندا الى حق سابق على البيع أو آل اليه بعد البيع من البائع أو يخشى على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية – لأن مجرد التوهم الذى لايقوم على أسباب جدية فإنه لايكفى لاعطاء المشترى الحق فى الحبس[٢]، وكذلك اذا كشف عيبا فى

---

(١) السنهورى المرجع السابق، ص ١٤٩٦ بند ٦٤٧.

(٢) تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده من الامور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض حيث قضت بذلك فى ١٩٧٤/١١/٢٥م مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨ – ونقض مدنى ١٩٧٥/١٢/١٠م مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٠٣ ص ١٦٠٦.

المبيع[١]، فهنا يجب على البائع أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب، فهذا دين فى ذمة البائع قد أصبح مستحق الاداء مقابلة أو يرتبط به ارتباطا تبادليا بالدين الذى فى ذمة المشترى بدفع الثمن، فيجوز للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر.

(ب) هبة الثواب:

نصت المادة ٤٩٧ مدنى مصرى على أن «يلتزم الموهوب له باداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة اجنبى أم للمصلحة العامة».

فهنا التزامان متقابلان ومرتبطان ارتباطا تبادليا يتمثل فى التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة، والتزام الموهوب له بتسليم العوض (الثواب)، وعلى ذلك تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس يحق للواهب حبس الشئ الموهوب الى أن يقوم الموهوب له بتنفيذ التزامه، وبالعكس يحق للموهوب له أن يحبس العوض الى أن يقوم الواهب بتنفيذ التزامه.

(جـ) عقد العمل:

نصت المادة ٩٩٢ مدنى مصرى على أنه «اذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التي يلزمه بها عقد العمل أو

---

(١) د. محمد عمران، عقد البيع ص ٣١٦، نقض مدني في ١٩٦٧/١/١٩م، مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣ انظر نقض مدنى فى ١٩٧٠/٤/١٤م، مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٩٧، ص ٦٠٤، نقض مدنى فى ١٩٧٤/١١/٢٥م، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦.

أعلن أنه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه من العمل الا سبب راجع الى رب العمل كان له الحق فى أجر ذلك اليوم»[1].

وطبقا لذلك لايحق لرب العمل أن يحبس الأجر بدعوى أن العامل لم يقم بتنفيذ التزامه بأداء العمل طالما أنه حضر الى مكان العمل فى الموعد المحدد ولم يمنعه من العمل الا سبب راجع الى رب العمل.

(د) عقد الايجار:

نصت المادة ٦٠٥ مدنى على حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة فى مواجهة كل من البائع والمشترى، وذلك فى حالة ما اذا أخل المؤجر بالتزامه بأن باع العين الى مشتر، لاينفذ الايجار فى حقه، وبالتالى لم يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الايجار، فهنا يقع على المؤجر التزام بتعويض المستأجر لاخلاله بالتزامه، ويقع على المستأجر دين آخر وهو التزامه برد العين المؤجرة الى المؤجر أو خلفه المشترى. فيجوز طبقا لنص المادة ٦٠٥ مدنى أن يحبس المستأجر العين لحين استيفاء التعويض سواء من المؤجر أو من المشترى للعين وله أن يرجع على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر اذا كان لهذا الرجوع مقتض فى العلاقة مابين المشترى والمؤجر.

وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة، فالايجار لاينفذ قبل المكتسب الجديد باعتباره من ذوى اسباب المؤجر (م ٦٠٤/١ مدنى مصرى)،

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٠٠ هامش (٢).

ولـذا فـان فى وسع المكتسب (المشـتـرى) أن يطلب اخـلاء العين بعـد التنبيه عليه فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ مدنى مصرى. ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/٦٠٥ مدنى مصرى على أنه «اذا نبه على المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا مالم يتفق على غير ذلك، ولايجبر المسـتأجر على الاخلاء الا بعد أن يتقاضـى التـعويض من المؤجر أو ممن انتقـلت اليـه الملكيـة نيـابة عن المؤجـر أو بعـد أن يحـصل على تأمين كـاف للوفـاء بهـذا التـعويـض».

وعلى ذلك لايجوز اخراج المستأجر الا بعد اعطـائه التضمينات اللازمة من المؤجر أو من المشـترى (نيابة) عن المؤجر، فحق حبس المسـتأجر اذن يحتج بـه كمـا ذكرنا على المشترى رغم عدم نفاذ الايجار عليه لأنه يدلى بالمؤجر ولأن كلا من المركزين جدير بالاحترام بحد ذاته.

فاذا احتج المكتسب (المشترى) بأن المستأجر ليس غير أجنبى عنه لأنه خلف المؤجر وينبغى عليه أن يحترم تصرف المؤجر فى العين وعليه ان يلتزم بمثل ماكان يلتزم به من واجبات قبل المستأجر، فاذا ما التزم بالتعويض أو بتقديم الضمان الكافى كان المشترى ملتزما بذلك أيضاً.

- ولكن القول السابق حول حق المستأجر فى حبس العين عن المكتسب

يدفعنا الى البحث عن طبيعة هذا الحق فهل المكتسب فى مركز الغير بالنسبة للمستأجر أو أن بينه وبين المستأجر رابطة تعاقدية ما؟.

لقد اختلف الفقه في الاجابة عن هذا التساؤل: **حيث يرى البعض منهم**[1] أن المكتسب فى مركز الغير تجاه المستأجر والمزارع فهو يدلى بالمؤجر بسبب خاص، وليس استمرارا لشخصه، ولم يرتبط بالمزارع أو المستأجر أى ارتباط قانونى، وبذلك نكون أمام حالة حق حبس حقيقى غير تعاقدى يتحتج به على الغير.

أما الرأى الغالب فيذهب الى البحث عن رابطة مابين المستأجر والمزارع وبين المكتسب وهذه الرابطة تعاقدية مركبة فحق المكتسب فى اخراج المستأجر أو المزارع مبناه الاشتراط لمصلحة الغير اذ يشترط المؤجر فى عقد الايجار مع المستأجر على حق المكتسب فى اخراج المستأجر من العين، ومقابل هذا يتفق ككل من المستأجر عن المبالغ القانونية أو الاتفاقية المقررة فى هذا الشأن وبذلك نكون أمام عملية حلول[2].

ومما سبق نجد أن أصحاب الرأى الأول ينكرون الارتباط فى هذا التطبيق لأن المكتسب فى مركز الغير، ولأن دين المستأجر ناجم عن عقد الايجار لا عن العين نفسها.

أما الرأى الثانى: وهو أقرب الى طبيعة الأشياء فى مصر وفرنسا فان العلاقة عندهم وثيقة بين الدين وبين العين وهى علاقة تعاقدية لايعد المكتسب بموجبها من الغير اذ يحل محل المؤجر فى التزامه بتعويض

---

(1) Gabry: Du Droit de réténtion 1860 p. 131.

(2) لوران، المرجع السابق، ج ٢٩، ص ٣٢٦. براك وبوردو (Bordeau) حق الحبس سنة ١٩٠٧، بند ٢٣٦.

المستأجر مقابل ما أفاده من اشتراط المؤجر على المستأجر لمصلحته من حق فى الاخراج[١].

– ولكن مامدى حق المستئجر أو المزارع فى الحبس من حيث المبالغ التى يجوز لهما الحبس فيها وهل يقتصر حقهما فى ذلك على التعويضات الواجبة اتفاقا أو قانونا نتيجة اخراجهما أم أن لهما أيضا الحق بما أصاب العقار من زيادة القيمة؟.

ذهب غالبية الفقه الفرنسى[٢] الى التفرقة بين حالتين الأولى: حين تكون الأعمال الاصلاحيه قد تمت بشرط التعويض عنها عند نهايه الانتفاع فالحبس بها جائز، أما الثانيه: اذا أجريت دون أن ينص علي ذلك في العقد المنعقد بين المؤجر والمستأجر فان المستأجر بعقد اجاره أو مزارعه يعتبر اذا ما أجراها بمثابه حائز سئ النيه. فلا يحق له الحبس.

ولكن الرأي الأخير فيما يتعلق بحق الحابس سئ النيه في حبس العين يتعارض مع رأي الغالبيه في الفقه المصري والذي يري أن الاساس في الحق في الحبس هو حيازه العين بطريقه مشروعه فاذا كانت الحيازه للشئ تمت بطريقه مشروعه فهنا اذا ما انفق عليها مصروفات ضروريه أو نافعه فيحق له حبس العين حتي يسترد ما أنفقه بصرف النظر عن سوء النيه أو حسن النيه لدي الحابس[٣].

– حق المستأجر في حبس العين المؤجره للتحسينات التي استحدثها:

ذهب المشرع في هذا الشأن الي التمييز بين ما اذا كان

---

(١) لوران، المرجع السابق، ج ٢٩ بند ٢٨٩.

(٢) زارا، المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٣) انظر في هذا البحث «حيازة الحابس للشئ بحسن نية أو بسوء نية، بند ٣٣.

المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم المؤجر ومن غير معارضة منه، دون أن يكون بينهما اتفاق أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته (م ٥٩٢ مدني مصري).

ففي الحاله الاولي: يخير المؤجر أن يدفع للمستأجر ماأنفقه علي هذه التحسينات أو قيمه مازاد في قيمه العقار بسببها. وللمستأجر تطبيقا لقاعده الحق في الحبس ومن غير حاجه الي نص أن يحبس العين المؤجره حتي يستوفي من المؤجر أحدي القيمتين المشار اليهما (م ١/٥٩٢ مدني مصري).

ففي الحاله الثانية: يكون المؤجر بالخيار بين طلب ازالة التحسينات مع التعويض ان كان له مقتضى، وبين استبقاء هذه التحسينات فى مقابل رد احدى القيمتين السابق ذكرهما، فاذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد احدى القيمتين الى المستأجر كان هذا تطبيقا لقاعدة للحق فى الحبس ومن غير حاجة الى نص خاص، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ماله فى ذمة المؤجر. فاذا نظر المؤجر الى اجل، تطبيقا لنص المادة ٣/٥٩٢ مدنى مصرى، لم يعد المستأجر الحق فى حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال، قياسا على ماجاء فى المادة (٩٨٢ مدنى مصرى) وذلك عندما تقضى المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية، فقد أصبح الدين غير حال، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد حقه فى حبس العين، لأنه لايجوز له الحبس الا فى دين حال[1].

أما عن ممارسة المؤجر حقه فى حبس امتعة المستأجر وطرق حماية هذا الحق فأشارت اليه المادة ١/٥٨٩ مدنى مصرى عندما قررت «يكون للمؤجر ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار أن

(١) انظر د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٠٩ بند ٦٥٥.

يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر، وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها فاذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق».

-ولكن ينبغى الاشارة الى بعض القيود التى ترد على حق حبس المؤجرة استثناءا: وذلك للعدالة وهذه القيود مقررة فى الفقرة الثانية من المادة ٥٨٩ مدنى مصرى ونصها «وليس للمؤجرا أن يستعمل حقه فى الحبس او فى الاسترداد اذا كان نقل هذه الأشياء امرا اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شئون الحياة أو كانت المنقولات التى تركت فى العين المؤجرة أو التى تم استردادها تفى بضمان الأجرة وفاء تاما».

- ومما يتصل بضمانات المؤجر وحقوقه وبيان أثر اعسار المستأجر وافلاسه على علاقة الطرفين فقد نصت المادة ٦٠٣ مدنى على أنه:

«١) لايترتب على اعسار المستأجر أن تحل اجرة لم تستحق.

٢) ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الايجار اذا لم تقدم له فى ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التى لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر اذا لم يرخص له فى التنازل عن الايجار أو فى الايجار من الباطن أن يطلب الفسخ على أن يدفع تعويضا عادلاً».

(هـ) عقد المقاولة:

نصت المادة ٦٥٦ مدنى على أنه «يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، الا اذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك».

ومعنى ذلك أن التزام المقاول ورب العمل التزامان متقابلان ومرتبطان ارتباطا تبادليا فيحق اذن لرب العمل أن يحبس الأجرة لحين قيام المقاول بتسليمه العمل مالم يقضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك.

ويحق للمقاول أن يحبس الشئ محل التسليم حتى يستوفى الأجرة. وذلك تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس حيث يتخذ الحبس صورة الدفع بعدم التنفيذ.

(و) عقد المقايضة:

تنطبق فى الأصل قواعد البيع على المقايضة حيث نصت المادة ٤٨٥ على أنه «تسرى على المقايضة أحكام البيع، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر ككل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه» ففى عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الذى قايض عليه، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به، ومشتريا للشئ الذى قايض عليه، ولذا فان لكل من الطرفين التمسك بحق حبس الشئ محل المقايضة البائع أو المشترى حيث تنطبق هنا أحكام عقد البيع المتعلقة بحبس البائع للمبيع.

- ثانيا: وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو البطلان:

ما الحكم اذا فسخ العقد أو أبطل بحكم قضائى[1]؟.

---

(١) ذهب التقنين المدنى الالمانى الى النص فى المادة ٣٤٨ منه على ان «التزامات الطرفين الناجمة عن الفسخ ينبغى ان تنفذ فورا وينبغى تطبيق المادة ٣٢١، ٣٢٢ على وجه التقابل» ومعنى هذه المادة ان حكم الدفع بعدم التنفيذ لايسرى على الروابط التى تتولد من ابطال عقد اذ تبقى هذه الروابط خاضعة لحكم حق الحبس (انظر كسان، المرجع السابق، ص ٤٠٨).

ذهب البعض[١] الى القول: بأن الفسخ الاتفاقى حين يلحق عقدا سبق ان نفذه الطرفان لإمجال معه للتردد فى جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فان الفسخ فى معناه أن عقدا جديدا قد انعقد بين الطرفين اقالة[٢] distractus تبادلية شأنها في ذلك شأن العقد المنصرم من حيث التبادل، وبذلك يخضع هذا العقد الجديد لقاعدة التنفيذ المتبادل[٣].

أما اذا فسخ العقد أو أبطل بحكم قضائى فلا مجال هنا للاحتجاج بارادة الطرفين، لأن اتفاقهما قد هدم، ولكن المشرع المصرى يرتب على ذلك عودة الطرفين الى ماكان عليه قبل التعاقد أى يقع على كل متعاقد رد ماتسلمه بموجب العقد المنحل، وكان لكل منهما أن يحبس مافى يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر. ويلاحظ أن الحق فى الحبس فى هذه الحالة لايتمثل فى صورة دفع بعدم

---

(١) انظر كابيتان، المرجع السابق، بند ١٢٨ - أنظر M. Frejaville المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) الاقالة لغة: الرفع وشرعا: رفع البيع وهى مشروعة لقول النبىﷺ (من اقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) وهى تقع فى العقود غير الملزمة فكل عقد لايقبل الفسخ لاتصح الاقالة فيه كالنكاح والطلاق والعتاق لان هذه العقود تكون لازمة بتمامها، والاقالة فى الفقه الاسلاى فسخ للعقد فى حق المتعاقدين وليست بيعا مستأنفا (الايضاح للشماخى ج٥ ص ١٤١ فى الفقه الرياضى).

(٣) حكم المحكمة الكلية فى ٦ ابريل ١٩٢٥م المجموعة ٢٦، ٨٩٠ حيث جاء فيه «وحيث فى الامكان الرجوع فى الاتفاقات برضا الطرفين وحيث ينبغى بالتالى على كل من الطرفين أن يرد كل ماقبضه تنفيذا للعقد المقال، ولما كانت هذه الردود بعضها سبب بعض فانها تستحق فى عين الأونة - حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٦ ابريل ١٩٠٠ و١٩٠٠ - ١ - ٤٥٥.

التنفيذ، فالدفع بعد التنفيذ فى القانون المصرى يقتصر نطاقه على العقود الملزمة، والفرض أن العقد قد انحل[(١)].

ولكن ذهب جانب من الفقه[(٢)] الى التوسع فى اخضاع الالتزامات المتقابلة بالتراد على أثر انحلال العقد للدفع بعدم التنفيذ اذ ليس هناك علة مقصودة لقصر الدفع بعدم التنفيذ فى حالة التراد عند انحلال العقد على مجرد التراد على أثر فسخ العقد دون التراد على أثر الرجوع le revocation فى عقد تبادلى سبق أن لحقه التنفيذ فا الرجوع فى حقيقة الزمر معناه قيام عقد تبادلى جديد ينبغى تنفيذه تبادليا شأنه شأن الشرط الفاسخ الصريح الذى يتفق عليه الطرفان فى ابتداء العقد، ويؤيد هذا الاتجاه الحديث فى تفسير البيع الوفائى (م ١٦٧٣ مدنى فرنسى) اذ يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ، على قيام البائع الأصلى باداء المبالغ الواجبة للرجوع فى البيع[(٣)]، ومايقال فى صورة انحلال العقد فى الاحوال السابقة يقال أيضا فى حالة انحلال العقد بالشرط الفاسخ الضمنى[(٤)].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨٦. وقد اخضع المشروع للقواعد المقررة فى الحق فى الحبس احوالاً للتراد على اثر انحلال العقد هى:

(أ) انحلال العقد بسبب البطلان.

(ب) انحلال العقد بسبب الفسخ «م ١٦٠ مدنى مصرى».

(جـ) انحلال العقد بالالغاء أو الاقالة أو أى سبب آخر (أنظر المذكرة الايضاحية ج٢ ص ١٦٢).

(٢) انظر كابيتان المرجع السابق، بند ١٢٨.

(٣) كسان، المرجع السابق ص ٤٥٥/٤٥٦ وهامش رقم «١» ص ٤٥٦.

(٤) راجع فى عرض هذا الرأى د/ صلاح الناهى ص ١١٤/١١٥ بند ١٠٣.

- ومن الأمثلة التطبيقية على هذه الصورة:

١) مانصت عليه المادة ٤٦٨ مدنى مصرى فى بيع ملك الغير على أنه «اذا حكم للمشترى بابطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية».

وتطبيقاً للقواعد العامة فى الحبس يحق للمشترى أن يتمسك بحقه فى حبس الشئ المبيع حتى يستوفى ماحكم له بتعويض على أن الحبس فى هذه الحالة يكون فى مواجهة البائع لملك الغير وليس فى مواجهة المالك الحقيقى، وكذلك اذا فسخ البيع فلايكون الحبس لاسترداد الثمن الا فى مواجهة البائع، وهذا يقتضى أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية الى البائع(١).

٢) ونصت أيضاً المادة ١٤٢ مدنى مصرى على أنه:

١) فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

٢) ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية، اذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد».

---

(١) قضت محكمة مصر الكلية فى ٤ مايو ١٩٣٦م المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٥٥ بأن «التسليم تجوزا للمشترى بحق حبس العقار المبيع اذا فسخ عقده حتى يستوفى ماقدمه من الثمن» قياسا على حق البائع فى الحبس، يجب الا يخرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد اعاد الملكية الى البائع، فبذلك لايكون ثمة شذوذ فى الاوضاع القانونية أو تتناقض مع المنطق السليم. بعكس ماإذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية الى البائع، والا أدى القول بذلك الي ان يبيع الشخص ملك غيره، فينزعه المشترى من المالك الحقيقى ويحبسه حتى يستوفى ثمنه». انظر السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥١٥ هامش (١).

ونصت المادة ١٦٠ مدني مصرى أيضا على أنه «اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».

– والنصوص السابقة ماهى الا التزامات متقابله ومرتبطة وبالتالى ينطبق عليها القاعدة العامة الخاصة بالحق فى الحبس، وعليه فيجوز لكل من الطرفين أن يحبس مافى يده للطرف الآخر حتى يسترد ماله فى يد هذا الطرف وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض[1] بأن «للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له منهما حتي يوفيه البائع مادفعه من الثمن تأسيساً على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ماتسلمه من الثمن الا أن حق المشترى فى الحبس ينقضى بوفاء البائع بالتزامه».

٣) كما نصت المادة ١/٦٠٨ مدنى مصرى على أنه «اذا كان الايجاز معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطير غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعى من يطلب انهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٦٣، على أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا». ويمقتضى ذلك أن اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد، وذلك نتيجة انحلال العقد بعد تنفيذه يترتب عليه لكل من الطرفين الحق فى الامتناع عن الرد حتى يتم الاسترداد المتبادل، وقد نصت المادة المذكورة على مبدأ خطير هو فسخ الايجار (محدد المدة) بالعذر، وهو مبدأ مأخوذ من

(١) نقض مدنى فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٤ ص ١٢٢٩.

الشريعة الاسلامية[1]، وهو فى الوقت ذاته تطبيق هام لمبدأ الحوادث غير المتوقعة، لكل من المؤجر والمستأجر أن يطلب فسخ العقد، اذا كان محدد المدة قبل انقضاء مدته اذا حثت ظروف خطيرة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار مرهقا سواء تحقق الارهاق من مبدأ تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه، كما نصت على ذلك المادة المذكورة، ويشترط لذلك أن يعوض طالب الفسخ الطرف الآخر تعويضا عادلاً تراعى فيه هذه الظروف، واذا كان المؤجر هو الذى يطلب انهاء الايجار، فانه لايستطيع طلب الاخلاء الا اذا دفع هذا التعويض للمستأجر أو قدم له تأمينا كافيا. وفى المقابل يحق للمستأجر أن يحبس العين لحين الحصول على التعويض المستحق له من المؤجر أو يقدم له تأميناً كافياً وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى الحق فى الحبس.

٤) أيضاً تطبيقاً لهذه الحالة وهى الخاصة بحق الحبس فى حالة ابطال العقد أو فسخه نصت المادة ٥٠٣ مدنى مصرى فى الهبة على أنه:

١) يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

٢) ولايرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ماأنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشئ الموهوب».

والنص السابق يوضح لنا أنه يترتب على الرجوع فى الهبه سواء كان الرجوع رضائيا أو قضائياً التزامات متبادلة أى يلزم الموهوب له برد الشئ الموهوب مع ثمـراته الى الواهب، ويلتـزم الواهب برد

---

(١) انظر المحلى لابن حزم ج٨ المسألة ١٢٩٢، والمادة ٤٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.

المصـروفـات التى أنفـقـهـا الموهوب له، وكل ذلك على الوجـه الموضح بالنص، وعلى ذلك يجوز لكل من الواهب والموهب أن يمتنع عن تنفـيذ التزاماته حتي يسترد مائفقه من المصروفات قياسا على حق المشترى بعد فسخ العقد فى حبس مايستحقه البائع فى ذمتـه من ثمار حتي يستوفى منه فوائد مادفعه من الثمن[١].

-ثالثاً: كما تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد:

اذا نشـأ للمدين حق بعد العقـد (وهو مايسمى بالعقد التبادلى الناقص) حيث تكون العلاقة تبادلية تعاقدية[٢].

-ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك:

١) عقد الوكالة بدون أجر:

حيث يلزم الوكيل بمقتضى الوكالة أن يؤدى للموكل كافة ماتسلمه لحسابه، والوكالة اذا كانت بغير أجر لاتلزم سـوى الوكيل، ولايلتزم الموكل بمقتضى عقد الوكالة ذاته بأى التزام مقابل. غير أن المادة ٧١٠ من التـقنين المدنى المصرى نصت على أنه «على الموكل أن يرد للوكيل ماأنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق وذلك مـهما كـان حظ الوكيل من النجـاح فى تنفـيذ الوكـالة». والتـزام الموكل برد ماأنفقه الوكيل فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد

---

(١) قضت محكمة النقض فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٥ ص ١٢٣٤ بأن «التزام المشترى برد الأرض المبيعة بعد فسخ عقد البيع - انما يقابل التزام البائع برد ماقبضه من الثمن اما التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التـزام البائع برد فوائد مـاقبضـه من الثـمن ومن ثم فـان من حق المشـترى أن يحبس مايستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتي يستوفى منه فوائد مادفعه من الثمن».

(٢) د/ عبدالمنعم البـدراوى، المرجع السابق بند ١٦٨ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢٣٨.

من وقت الاتفاق كما جاء فى نص المادة ٧١٠ مدنى مصرى ليس مصدره عقد الوكالة، بل له سبب آخر هو الاثراد بلا سبب[١]، ولكن التزام الموكل قد نشأ بمناسبة عقد الوكالة، وهذا كاف لقيام العلاقة التبادلية بينه وبين الوكيل يتحقق بها الارتباط بين الالتزامين، فيجوز للوكيل أن يحبس فى يده ماوصله من أشياء للموكل بحكم الوكالة حتى يستوفى ماله من حق فى ذمته[٢].

– ولكن هل يحق للوكيل حبس الأعيان المقدمة للقيام بادارتها فقط ام ان الحبس يشتمل جميع ماتسلم من الاعيان بمناسبة الوكالة ولو لم ينفق على هذه الأعيان أية نفقة خاصة؟.

من المتفق عليه أن للوكيل حبس الأعيان التى نجم عنها دين الوكيل، وذلك قياسا على أحكام الوديعة حيث يحق للمودع لديه حبس الوديعة[٣].

---

(١) كولان وكابينان، المرجع السابق، ج٢ فقرة ٢٨ – بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٣٥ – بولانجيه فى موسوعة داللوز ج ٢ ص ١٠٠٣ فقرة ٢١ – وقارن د/ السنهورى المرجع السابق، ص ١٤٨٧ هامش (٢) حيث يرى انه يمكن رد الارتباط الذى ينشأ بمناسبة العقد الملزم لجانب واحد الي فكرة الارتباط المادى أو الموضوعى.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٧٨ من هذا المشروع وكان ينص على مايأتى (للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة، وذلك ضمانا لتنفيذ الموكل لالتزاماته) وحذفت هذه المادة لان حكمها مستفاد من قواعد الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١٩ هامش رقم (١) استئناف مختلط ٨ فبراير ١٩٢٣م ٤٦ ص ٢١).

(٣) Zara (Laurant, G) : Du droit re rétention th. paris 1902 p. 167.
Gabry: Du droit de rétention 1860, p. 120.

وقد توسع البعض في حق حبس الوكيل وذهب الى امتداده الى ماتسلم من الأعيان بمناسبة الوكالة ولو لم ينفق على هذه الأعيان أية نفقة خاصة تطبيقا لقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ[1].

- وليس للوكيل الحق في حبس الأعيان التي تسلمها في غير حدود الوكالة التي قبضت العين بمناسبتها فلا تحبس عين بمناسبة وكالة أخرى، واذا تجرد الوكيل الحابس من حيازة العين فليس في وسعه استردادها[2].

- **وهل يحق للوكيل أن يحبس العين تالتي تسلمها بمناسبة الوكالة مقابل ماله من أجرة؟.**

ذهب البعض الى عدم منح الوكيل الحبس بأجرة، لأن هذا الدين غير متصل بالعين، محل التوكيل، وذهب البعض الآخر الى عدم التمييز بين ديون الوكيل على الموكل بشرط أن تنجم جميعها من نفس الرابطة القانونية، فان الموكل يلتزم بتسديد جميع الديون للوكيل[3].

٢) الوديعة بدون أجر:

يمكن ممارسة الحق في الحبس بواسطة المودع لديه (أو الحارس) حيث يستطيع حبس الوديعة حتي يتم الوفاء به بكل المبلغ المستحق

---

(١) غلوارو، المرجع السابق، فقرة ٨٧ – فلاسون، المرجع السابق، ص ١٥١ – زارا، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٢) فلوارد، المرجع السابق، فقرة ٨٩، زارا، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٣) زارا، المرجع السابق، ص ١٦٦ – ١٧٠.

والذى جاءت من أجله تلك الوديعة (١٩٤٨ مدنى فرنسى). الا أن عقد الوديعة هنا يتصف بالتزامين أساسيين: التزام حفظ الشئ، والتزام برد الشئعند أول طلب والذى يعد التزام بتحقيق نتيجة[١]، واذا رفض المودع لديه الاذعان للواجب الأخير وهو تنفيذ نشأ مباشرة عن عقد يرفضه فيبدو لنا أنه يتخذ اجراء الدفع بعدم التنفيذ لدفع دعوى الغير للمطالبة بحق وارد فى العقد.

ولكن رأينا أنه ليست تلك هى موضوع الخلاف فلكى توجد أمام الدفع بعدم التنفيذ يجب أن يكون الدين الذى يطالب به المودع اليه هو سبب التزامه برد الشئ للجانب الآخر. الا أنه بوضع المسألة تحت التحليل نجد أن ذلك ليس صحيحا لأنه من المتفق عليه أنه «فى لحظة تكوين عقد الوديعة لاينشأ أى التزام على عاتق الودع»[٢] لأنه عقد ناقص ملزم للطرفين، فالديون المسببة علي وجه الاحتمال لحبس يقوم به المودع اليه هى ديون ناشئة خلال التنفيذ، حيث أن ضررا سيلحق بالمودع اليه من فعل الشئ أو سيتعرض لتكبد نفقات من أجل الحفاظ عليه. لعدم اللجوء الى الفكرة المصطنعة الخاصة بالحصول على رضاء مسبق من المودع وبالتالى لايجوز لنا وصف الدين الذى يثقل كاهل هذا الأخير بتعاقدى، ان هذا الدين يكون على العكس «عرضيا انه ينشأ من فعل لاحق وخارج عن العقد»[٣] وهو مشروع لأن المادة ١٩٤٧م من القانون المدنى الفرنسى وضعته على عاتق المودع كنتيجة لهذه الوقائع القانونية التى تشكل الضرر أو النفقات التى تم تكبدها لحفظ الشئ، أن

---

(١) V.H.L. et Mazeaud, op. cit. n, 1499

(٢) V.H.L. et Mazeaud. op. n 1502

(٣) carbonnier, t 11, n 91.

التزام السداد بعيدا عن أن يكون لجانب الآخر سببا لالتزام رد الشئ[١]، وليس ناجما عن رغبة الأطراف، بل يعود أساسا الى حرص الشارع فى تجنب حدوث اثراء بلا سبب.

- **طبيعة الحق فى الحبس فى الوديعة:** يعتبر الحق فى الحبس الذى اعطته المادة ١٩٤٨م من القانون المدنى الفرنسى للمودع لديه بحبس الشئ المودع حتى يتم الوفاء الكامل بالمبلغ المستحق، والذى هو سبب الوديعة – **هذا الحق له طبيعة خاصة افسحت مجالا للجدل:**

فذهب البعض (٢) الى القول بأن المادة ١٩٤٨م التى تعطى للمودع لديه الحق فى حبس الشئ حتى يتم سداد المصروفات التى تحملها وكذلك الاضرار الناجة بسبب حبس الشئ لديه. تكرس الاستثناء الذى لم يتم التعاقد بشأنه فى علاقات المودع لديه، والمودع، وكذلك بخصوص الحق فى الحبس فيما يتعلق بصلة الأخير بالغير.

غير أن غالبية الفقه الحديث فى فرنسا تحلل الحق فى الحبس على أنه حقيقة الحجز المنتظم للشئ، وعلى أنه حق عينى مضاد لكل

---

(١) Mozeaud: Lecons de Droit civil, t. 11, n 97 "Dans le contrat synallagmatique imparfait le debiteur- l,emprunteur par exemple n,apas contracte et promis de restituer pour se faire rembourser les frais de con servation. l,obligation du preteur de rem bourser ces frais, encore, qu,elle decoule du contrat, n,est pas la cause de l,obligation de restituer la chose, le contrat n,est done pas synallagmatique.

فى العقد الناقص الملزم للطرفين لم يتعاقد المدين المقترض على سبيل المثال ووعد بالرد ليستوفى حقه من نفقات الحفظ. ان التزام المقرض بسداد هذه النفقات التى يستوجبها العقد، ليست سبب الالتزام فى رد الشئ، ان العقد اذن ليس ملزما للطرفين.

(٢) Rodiere, note sous cass. com. 23 juis 1964: D.s. 1965, 79.

الحقوق، لايحمل معنى الحق التابع ولاحق الامتياز، بل يبدو كطريق سلبى للتنفيذ الجبرى[١].

- ان الأمر يتطلب وجود طريقة مامن شأنها أن تجعل الدائن يجبر المدين بشكل غير مباشر على التنفيذ، ومن حيث الواقع لايستطيع المودع لديه أن يلجأ الى الطريق الاستثنائى الذى وفرته له المادة ١٩٤٨م الا اذا كان قد رفع دعوى استرداد بخصوص الوديعة[٢].

وهذا الأمر استثناء قد منحه المشرع الفرنسى للمصلحة الخاصة بالدائن، وكذلك فان الحق فى الحبس يمكن ت؛جنبه عن طريق الاتفاق أو عن طريق القانون[٣].

اما المشرع المصرى فقد نص فى الوديعة بدون اجر بالتزام المودع عنده برد الوديعة لحفظ الوديعة أو لحقته خسارة بسببها فيجوز له حبس الوديعة حتى يأخذ من المودع ماهو مستحق له من مصروفات أو تعويض حي نصت المادة ٧٢٥ مدنى مصرى بأن «على المودع أن يرد الى المودع عنده ماأنفقه فى حفظ الشئ، وعليه أن يعوضه عن كل مالحقه من خسارة فى حبس مايستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منهمادفعه بسبب الوديعة».

وعلى ذلك يجوز تطبيقا لقاعدة الحبس أن يقوم المودع عنده بحبس الوديعة ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقوقه، وخاصة بعد

---

(١) Cf. Rodiere, op. loc cit. et nate sous cass. civ. 22 mai, 1962: D.S. 1965, 58 et ref. citees.

(٢) Baudry- lacantinerie, op. cit, nantissement, t. 1, n. 228, par de loynes, infine- Aubry et rau: op. cit. t. 111, par Bartin & 256 bis texte et note 2.

(٣) - paris 9 juill, 1928: sem. jur 1928, p. 1338.
- plariol et ripert, op. cit, t. xl, par savatier, n. 1184.

توافر شروط الحق فى الحبس، وذلك أنه اذا كان التزام المودع فى حالة المصروفات مصدره الاثراء بلا سبب، وفى حالة التعويض عن العمل غير المشروع، الا أن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوديعة فتحققت العلاقة التبادلية اللازمة لقيام الحق فى الحبس[1].

٣) العارية:

ان نصوص القانون المدنى المصرى المتعلقة بأحكام المصروفات التى يقوم بانفاقها المستعير توضح حكم المصروفات الضرورية (م ١/٦٣٧)، حكم المصروفات النافعة (م ٢/٦٣٧)، والنفقات اللازمة لاستعمال الشئ (م ١/٦٤٠)، كما بين حكم ضمان الاستحقاق (١/٦٣٨)، وضمان العيوب الخفية (م ٢/٦٣٨) حيث قرر أن للمستعير الحق فى حبس العارية إلى أن يستوفى مايكون مستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة وتعويضات عن ضمان الاستحقاق أو العيوب الخفية فى حالة تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو اخفاء العيب، وعلى المستعير أيضا التزام برد العارية عند انتهاء العقد (١/٦٤٢ مدنى مصرى)، وهذه الالتزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض فيجوز اذن لكل من المتعاقدين وفقا لقاعدة الحبس أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه.

واذا كان القانون المدنى المصرى قد توسع فى منح المستعير الحق فى الحبس فى جميع الاحوال التى يكون له فيها المطالبة بمصروفات

---

(١) قضت محكمة النقض فى ٢٧ – ٦ – ١٩٦٣م، مجموعة المكتب الفنى ش ١٤ رقم ١٣٣، ص ٩٥٦ بأن «اجرة سائق السيارة التى دفعها المودع لديه عن المودع وبتكليف منه لاتدخل فى نطاق المصروفات التى تجيز للمودع لديه حق حبس السيارة لاستيفائها». وعلى ذلك ليس للمودع لديه حق حبس الشئ المودع الا مقابل استيفاء المصروفات الضرورية أو النافعة التى يكون قد أنفقها على ذات الشئ.

ضرورية أو نافعة أو بتضمينات تطبيقات للقواعد العامة للحق فى الحبس، الا أن هذا الحق فى الحبس **مازال محل خلاف فى القانون الفرنسى** ومرجع هذا الخلاف مانص عليه المشرع الفرنسى من أنه «ليس فى وسع المستعير أن يحبس العين على سبيل المقاصة مع ماله على المعير».

ولقد اختلف الفقهاء الفرنسيين فى تفسير هذا النص(١). **فذهب البعض**: بأن النص قاطع فى عدم امكان المستعير استعمال الحق فى الحبس لأى سبب، لأن لفظ «المقاصة» لايقصد منها المستعير أصل معناها، والا كان النص غامضا لأنه لايمكن اجراء المقاصة بين التزام المستعير، ومحله عين مادية متعينة بحد ذاتها، وبين التزام المعير. وبهذا يكون قد قصد المشرع منع المستعير من الحبس.

ولكن ذهب البعض الآخر الى القول: بأن نص المادة ١٨٨٥ فرنسى انما يراد به نفس المقاصة، وأنه نص زائد لا فائدة منه لأنه تكرار غير موفق للمادة ٢/١٢٩٣ مدنى فرنسى التى تمنع وقوع المقاصة مع طلب استرداد الوديعة وعارية الاستعمال، وليس ورود نص زائد فى القانون من الأمور المستحيلة، وبذلك يكون نص المادة ١٨٨٥ فرنسى أجنبيا عن الحق فى الحبس، ولو أراد المشرع بهذه المادة حرمان المستعير من الحق لأورد هذا الحكم بعد المادة ١٨٩٠ مدنى فرنسى المتعلقتين بالمصاريف الضرورية والتعويض عن عيب من العيوب.

---

(١) انظر فى عرض هذا الخلاف، زارا، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧٣.

- رابعاً: وقد توجد العلاقة التبادلية دون أن يوجد عقد قائم أو منحل:

ان العلاقة التبادلية قد توجد بين طرفين دون أن تستند في وجودها على عقد قائم على الاطلاق أو عقد انحل سواء بالبطلان أو الفسخ ومن الأمثلة الواضحة على ذلك علاقة الفضولي ورب العمل أو علاقة الولي أو الوصي أو القيم بالصغير.

- ونتناول هذه الأمثلة التطبيقية على الوجه الآتي:

١) من العلاقة التبادلية التي لاتستند الى عقد على الاطلاق تلك العلاقة التي بين الفضولي ورب العمل حيث يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة، وذلك بمقتضى مانص عليه المشرع في المادة ١٩٣ مدني مصري بأن «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به».

ويلتزم رب العمل برد ماتحمله الفضولي من نفقات وبتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ماقام به من عمل حيث نصت المادة ١٩٥ على ذلك بقولها «يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا اليها فوائد من يوم دفعها، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ولايستحق الفضولي أجراً عن عمله الا أن يكون من أعمال مهنته».

والواضح أن مصدر هذين الالتزامين أي التزام الفضولي والتزام رب العمل لم يكن العقد فالتزام الفضولي مصدره القانون (١٩٣ مدني) والتزام رب العمل مصدره الاثراء بلا سبب.

٢) علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالصغير أو بالمحجور عليه بعد انتهاء الولاية أو الوصايا أو القوامة نشأ عنها التزام على الولى أو الوصى أو القيم برد ماتسلم من مال بموجب ولايته أو وصايته أو قوامته، على أن يسترد ماأنفق من مصروفات فى تنفيذ هذه الولاية أو القوامة، ومن ثم يجوز له أن يحبس مافى يده حتى يسترد هذه الولاية أو القوامة، ومن ثم يجوز له أن يحبس مافى يده حتى يسترد هذه المصروفات [١].

٣) أقر القضاء الفرنسى فى أحيانا كثيرة شرعية الحبس وقد اعتمد ذلك على نطاق واسع لصالح الوكلاء، ولاسيما الوكلاء المحترفين: وكلاء الدعاوى – فيحق للمحامى أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفى أتعابه، بل يجوز له أن يحبس أيضا عن الموكل المستندات والأوراق الخاصة[٢]، ومسجلو العقود[٣]، والمحضرون، ويرى البعض ان نصا ورد ليخصص حلا قضائيا[٤] وأحيانا لصالح

---

(١) بلانبول، وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٤٩ – د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٨٧ هامش (١)، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٨ بند ١٠٦.

(٢) - Civ. 8 juillet 1924, Gaz. pal. 1924. 2. 585.

- Civ. loaout 1870, D. 1871- 1- 40, req. 23 juill, 1935. D.H. 1935-526.

(٣) - Civ. 28 juillet, 1924, D.p. 1926-1-96.

(٤) - Decret du 4 sept. 1945 (D. 1945 220) pour les huissiers, Decret du avril, 1946 pour les avoues, Decret du 29 sept 1953 (D. 1953-367) pour les cotaires. En sens inverse, les usages de l,ordre des avocats interdisent a ces gniers de retenir les pieces de leurs clients.

وعلى النقيض فان عادات نقابة المحامين تمنع على هؤلاء الاشخاص المشار اليهم الاحتفاظ بمستندات عملائهم.

أشخاص يرتبطون بمالك الشئ عن طريق عقد عمل أو ايجار عمل أو منشأة، كما أن المعمارى فى امكانه الاحتفاظ بسندات الملكية التى سلمت له[١]، والمكلف بعمل المواد التى استخدمها[٢]، وصاحب محل اصلاح السيارات التى أصلحها[٣].

إلا أن قانون المحاماة المصرى لايبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ماعهد اليه من مستندات وأوراق أصلية الى أن يستوفى ماله من أتعاب[٤].

- الحق فى الحبس فى العلاقات التعاقدية محله التزام اضافى تبعى:

- ولكن بعد أن استعرضنا الأمثلة التى ذكرها الفقه والقضاء المصرى والتى فيها منح الدائن الحق فى الحبس للارتباط المعنوى أى القانون حيث توجد علاقة قانونية تبادلية بين الالتزامين أى بين التزام الحابس وحقه وهو ماتاجه بصدده جانب من الفقه المصرى وغالبية الفقه الفرنسى الى اعتباره مجال الدفع بعدم التنفيذ وذلك بصدد

---

(١) Req. 5. nov. 1923. s. 1924 I. 215. D. 1924 I. 11,

(٢) Douai, 25 nov, 1921. s. 1922 II. 25 note cassin, trib. civ. Man-cy. 3 juill 1908, D.p. 1908, v. 64, Douai, 3 mars. 1932, s, 1933, II, 67, req. 13 mai 1861. p. 1861, I. 328.

(٣) trib com. saint- etienne, 14 fevr. 1933, G.P. 1933, I. 758, paris, 20 dee 838, D.H. 1939, 17. s. 1939, II, 1977, note Dennery, trib. com. narbonne, fevr. 1939, s. 1939, II, 177, 2e esp, note Dennery, Trib, com. Grenoble Oct. 1954- G.p. 1955-1-231.

(٤) نصت المادة ٢٩ من قانون المحاماة المصرى رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤م بأنه (لايحق للمحامى أن يحبس عن موكله ماعهد به اليه من مستندات أو أوراق اصلية الى ان يستوفى ماله من أتعاب).

تمييزهم بين الدفع بعدم التنفيذ ماهو الا صورة تطبيقية من صور الحق فى الحبس على اعتبار أن المشرع المصرى أوجد نظرية عامة للحق فى الحبس.

ولنا أن نتساءل طبقا للأمثلة التطبيقية المذكورة **هل اعلنت شرعية حق التمسك بالحبس فيها للدائن على أساس الحق فى الحبس أو بموجب الدفع بعدم التنفيذ؟**

ان دراسة متأنية لوضع الأطراف فى الأمثلة المذكورة تؤدى الى أن ترفض فى هذا الصدد اجراء ربط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس، على عكس مكان عليه الأمر فى الفروض السابقة حيث نجد أن الالتزام الأساسى يكون فى التسليم، ولقد استكمل المحتبس هنا الاساس فى واجباته، لقد نفذ التوكيل وحقق العمل أو العمل الموعود – ورأينا أنه اذا كان ملزما كذلك بالتزام التسليم فان هذا الالتزام ليس هو الالتزام الذى فى صلب العقد: أى أن سبب وجود الالتزام بالتسليم يرجع الى التزام آخر وهو الالتزام بعمل او باداء خدمات. واذا كان الالتزام بالتسليم قد تم اضافته فرضا، فان الوقت يكون متأخراً للغاية بالنسبة للاعتراض على الدفع بعدم التنفيذ بعجز الشريك. لأن الشريك ملزم بالدفع علاوة على أن دينه لاينعكس مثل العمل القانونى الذى أنشأه.

ومما لاشك فيه أنه قد يوجه الى وجهة نظرنا السابقة اعتراض على أن المحتبس لم يلب بعد جميع التزاماته طالما بقى مدينا بالالتزام بالتسليم ومع ذلك لايبدو لنا أنه يرفض هذا التسليم يتم استخدام الدفع بعدم التنفيذ بمعناه التام. ففى الواقع ان الموكل، وعميل الوكيل المحترف وصاحب العمل ليسو ملزمين بدفع أتعاب أو منح مكافآت

لتسليم الشئ، ولكن من أجل نشاط مدينهم. ان الرباط الملزم للطرفين يوجد بين أداء الخدمات والدين المالى وليس بين هذا الدين واعادة الشئ أى تسليمه واستنادا الى ماقاله بعض الفقهاء (روديير R Rodier)(١) «بأن الدفع بعدم التنفيذ هو عقوبة غيبة السبب فليس مكانه هنا أن انجاز الخدمة الموعودة يشكل سببا كافيا للدين المضاد. وأن واجب التسليم الذى لازال معلقا لا يلعب أى دور سببى مقارنة بهذا الدين، أى أنه لايشكل الا التزاما اضافيا أى تابعا مرتبطا به وببعض الارتباطات ولكن ليس بارتباط سببى».

«أن هذا الالتزام الخاص بالتسليم الذى نشأ بمناسبة اتفاق ملزم للطرفين لم يكن له قيمة سببية فى نظر الأطراف عند انشاء الالتزام، وان رفض انجازه لايبدو لنا اذن أنه منبثقا عن الدفع بعدم التنفيذ ولكن من الحق فى الحبس. **ان هذا الاخير يمكنه فى الواقع أن يجد مكانا حتى داخل العلاقات الملزمة للطرفين،** فحسب ورفض التسليم الذى يعرب عن نفسه من خلاله لايشكل اذن رفضنا لتنفيذ الالتزام الأساسى (الذى يطبق الدفع بعدم التنفيد)، وانما يشكل رفضا لتنفيذ التزام قانونى تبعى عرضى ومجاله الحق فى الحبس، أى أنه

---

(١) R. Rodier: traite general de droit maritime. t, II. n 562,
"l,exception d,inexecution est la sanction du defaut de cause, elle n,a pas sa place ici: l,accomplissement du service promis constitue une cause suffisante de la dette contraire le devoir de livrer, qui reste encore en suspens, ne joue aucun role causal par rapport a cette dette, il ne constitue qu,une obligation accessoire. liee a elle par une certaine, mais pas par une interdependance causale, nee a laccasion d,une convention synallagmatiques".

رفض تنفيذ التزام ثانوى ويعترض عليه الحائز الا أنه يلجأ اليه للحصول على مايعوضه عن التزامه الأساسى ومكافأة نشاطه. ان حبس الشئ يكفل هكذا سداد دين ليس ثمنا لهذا الشئ، وان الالتزام باعادة هذا الشئ ليس له مايعوضه: لقد نشأ من فعل قانونى من مجرد القيام بتسليم الشئ طواعية والذى لايصطحبه أى رغبة فى نقل حق بشأنه.

والتحليل الذى ذكرناه لايجعلنا نتطابق فى الرأى مع ماقاله روديير بل يبعدنا بعض الشئ عنه لأنه يرى أن الحق فى الحبس ليس فقط لايركن علي الاطلاق الى فكرة السببية الا أنه يتحرك بالضرورة كذلك فى مجال غير تعاقدى. ونؤيده فقط فى الحبس الصحيح ليس عقوبة لغيبة السبب كما هو الشأن فى الدفع بعدم التنفيذ، ولكن سعينا فى هذا التحليل الى ابراز لماذا يمكن لهذا الضمان أى الحق فى الحبس أن يقوم مع ذلك بدور فى العلاقات التعاقدية التبادلية عندما يكون الالتزام الاساسى بالنسبة للمحتبس اداء لخدمات، وواجب رد الشئ لايعدو أن يكون التزاما تبعيا عرضيا[١] أى أن الحق فى الحبس

---

(١) من العبث الاستعانة فى هذا الصدد أى فى العلاقات التعاقدية بفكرة الارتباط المادى لتبرير الحق فى الحبس لأن حق المحتبس (لاسيما اذا تعلق بوكيل) يجوز أن يكون غير متعلق بالشئ نفسه، حيث ذهبت بعض المحاكم الفرنسية الى ادخال فكرة الارتباط المادى فى مجال العلاقات القانونية وذلك بمناسبة حكما اصدرته محكمة تجارية بليون فى ٢٨ سبتمبر ١٩٥١م (فقه ١٩٥١ - ٧٤٨) ادخلت فيما يبدو فى مجال العلاقات القانونية فكرة الارتباط المادى لتبرير الحق فى الحبس «حيث سمحت فى هذا الحكم لكاتب حسابات يطالب باتعابه بالاحتفاظ بالدفاتر التى تحمل كتاباته، وليس الوثائق التى سلمت اليه للاطلاع عليها» ان مثل هذا اكلحال قد يساء فهمه، لأن الارتباط المطلوب فى هذا النوع من العلاقات التعاقدية يبدو لنا أنه ذات طبيعة قانونية وليس مادية اذا كان ينبع من قواعد خاصة للقانون المهنى الخاص بخبراء الحسابات (V. Cass. soc. janv. 1958, D. 58 - 270)

فى العلاقات التعاقدية انما ينشأ عن التزام تبعى فيها وهو الالتزام بالتسليم ولايكون مجاله الالتزام الأصلى الذى يتولد عنه الدفع بعدم التنفيذ. فالدفع بعدم التنفيذ فى العلاقات القانونية ينصب على الالتزام الأصلى فالبائع ملتزم بنقل ملكية المبيع للمشترى وهو فى نفس الوقت دائن لهذا المشترى بالثمن فهو دائن ومدين وكل من الالتزامين ناشئ بسبب الآخر ومرتبط به فهنا يحق للبائع أن يدفع بعدم التنفيذ. أما الحق فى الحبس فهو ينصب على التزام تبعى وعرضى وهو الالتزام بالتسليم ويكفى فيه وجود ارتباط بينه وبين الدين المضمون بالشئ المحبوس ولكنه ليس ارتباط سببيا. ولذا نجد أن رفض تنفيذ هذا الالتزام والذى يعتبر التزام ثانوى أى ليس اصليا يكون مجاله الدفع بالحق فى الحبس وليس الدفع بعدم التنفيذ.

ثانيا: الارتباط المادى أو الموضوعى

Connexité matérielle ou dbjective

- مضمون الارتباط:

يقوم الارتباط المادى أو الموضوعى على واقعة مادية، أى أن حق الحابس وكذا التزامه قد نشأ من واقعة مادية هى مجرد حيازة الشئ أو احرازه دون أن توجد أى رابطة أخرى تربط بينهما، وما قد تؤدى اليه الحيازة أو الاحراز من وجوب استيفاء الحائز أو المحرز المصروفات التى أنفقها على الشئ أو تعويضه عن الضرر الذى أصابه بسببه.

- ويشترط للاعتداد بالارتباط المادى أو الموضوعى، كشرط للحق فى الحبس أن يثبت الحائز أو المحرز أن وجود الشئ فى يده ناشئاً عن عمل مشروع أى وصل الشئ الى حيازته وحبسه بطريق مشروع وليس عن عمل غير مشروع كالغصب أو السرقة(١).

والا لأبيح لكل دائن أن يسطو على شئ مملوك لمدينة ثم يحبسه عنه الى أن يستوفى دينه، ولاشك فى أنه لو جاز ذلك لأدى الى الفوضى وتقويض سلطان القانون(٢).

- كما يشترط بالاضافة الى ذلك أن **يثبت الحائز أو المحرز أن حقه قد نتج عن الشئ ذاته** Debitum Gumre Junctum أى أن الارتباط المادى أو الموضوعى يرجع الى الشئ ذاته الذى يتعين رده دون حاجة الى قيام رابطة أخرى بين حائز الشئ أو محرزه ومن له الحق فى استرداده. وان كان من الممكن أن توجد رابطة

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ٨ديسمبر ١٩٣٦م المجموعة ٣٨ - ١٦٩ - ٦٩

(٢) د/ سليمان مرقش، المرجع السابق، ص ٥٩٩ بند ٤١١.

أخرى خلاف الرابطة المادية التى قد تنشأ بمناسبة حيازة الشئ أو احرازه ومرتبطا aliccasioneton connexité به وهذا ماسنوضحه بعد ذلك[١].

- هذا ويتحقق الارتباط الموضوعى أو المادى فى احدى حالتين:

الحالة الأولى: حالة ما اذا أنفق الحائز مصروفات على الشئ يحق له قانونا استردادها (م ٢٤٦/٢ مدنى مصرى).

الحالة الثانية: أن يكون قد أصابه من الشئ ضرر يستحق عنه تعويضا.

- الحالة الأولى: وهى التى يكون الحائز أو المحرز قد انفق على الشئ مصروفات يحق له استردادها:

- قد عنى المشرع المصرى بهذه الصورة فقط من صورتى الارتباط المادى أو الموضوعى من خلال نص المادة ٢٤٦ فى فقرته الثانية عندما نص «ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه اذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة[٢] فان له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ماهو مستحق له».

---

(١) انظر فى هذا البحث، بند ٦١.

(٢) فيما يتعلق بالمصروفات الكمالية ليس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها ان يتقاضى عنها تعويض، وليس له الان ينزع ما استحدثه على نفقته، مع اعادة الشئ الى حالته الأولى والتعويض اذا كان له مقتص وللمالك ايضا ان يستبقي ما استحدثه الحائز، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمة مستحق ازالة. وهذا ماعبرت عنه المادة ٩٨٠ من التقنين المدنى بقولها «فاذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز ان يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه من منشآت على ان يعيد الشئ الى حالته الأولى، إلا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقه الازالة».

وتطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدنى مصرى فانه اذا استبقى المالك مااستحدثه الحائز فى مقابل دفع قيمة مستحق الازالة، كان الارتباط المادى قائما مابين الدينين المتقابلين.

الى أن الحق فى الحبس لاستيفاء المصروفات الضرورية أو النافعة يثبت للحائز سواء كان حسن النية أو سئ النية مع توافر شرط الحيازة المشروعة للشئ محل الحبس.

- الصور التطبيقية لهذه الحالة:

(أ) من أهم صور الحق فى الحبس على أساس الارتباط المادى أو الموضوعى حالة حق الحبس الذى يتمسك به الحائز حين يكون قد شاد على العين المطالب بها أنبيه أو منشآت أخرى، أو غرس فيها غرسا، أو أدخل عليها بعض الاصلاحات والتحسينات، اذ يكون لحائز الشئ فى هذه الحالة اذا ماأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ماهو مستحق له، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

وهذا ماعبرت عنه المادة ١/٢٤٦ مدنى مصري كما ذكرنا بقولها «ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه، اذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ماهو مستحق له، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع.

(ب) ومن تطبيقات الحبس للارتباط الموضوعى المبني على انفاق الحائز لمصروفات يحق له استردادها:

- حالة من يشتر بحسن نية منقولا مسروقا أو ضائعاً فى سوق أو مزاد علنى أو من يتجر فى مثلة فعلى حائز المنقول فى هذه الحالة أن يرده الي مالكه اذا طلب استرداده فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (م ٣/٩٧٧) فيكون للحائز أن يحبس المنقول حتى

يستوفى الثمن خاصة أن المادة ٢/٩٧٧ مدني توجب على المسترد أن يعجل بالثمن[1].

(جـ) وماجاء فى المادة ٩٤٦ مدنى من أنه «اذا بنى المشترى فى العقار او غرس فيه أشجار قبل اعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس» فوفقا لهذا النص يلتزم المشترى برد العين المشفوع فيها الى الشفيع، كما يلتزم الشفيع بأن يرد للمشترى مقابل البناء أو الغراس وفقا للتعليل الوارد فى المادة المذكورة، ويكون للمشترى وفقا لقواعد الحبس أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى ماهو مستحق له.

(د) الملك المشترك:

الواقع أن أحكام الملك المشترك على وجه الشيوع أو على وجه تملك الطبقات المختلفة على وجه الانفراد فيها مجال للقول بحق الحبس. بناء على الأخذ بمعيار الارتباط الموضوعى وقد نصت المادة ٨٦٠ من القانون المدنى المصرى على ذلك بقولها:

«١) اذا تهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فاذا أمتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه.

٢) وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى، والانتفاع حتى يؤدى مافى ذمته، ويجوز له

(١) أنظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٩ بند ١٠٧.

أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه».

والنص السابق مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية فى صدد العلاقات التى تترتب بين الملاك، لأن الأصل فى الشريعة الاسلامية أن يعتبر كل شريك بمثابة الأجنبى عن شريكة الآخر (م ٦٣٣ من مرشد الحيران)، وعلى أساس هذا الأصل تتفرع الحلول فى حالة تعمير الملك المشترك اذ يعتبر الشريك غير المضطر على تعمير الملك المشترك، ولا المأذون فى ذلك سواء كان هذا الملك قابلا للقسمة أم لم يكن متبرعا فى الأصل، ولاينتفى التبرع الا اذا عمر الملك المشترك باذن من الشريك الأجنبى[1] (م ٤٤٧ - ٧٥٢ من المرشد، م ١٣٠٩ - ١٣١٢ مجلة الأحكام العدلية).

ويلاحظ أن الحق فى الحبس هنا يقترن باذن من القاضى بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة، أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها وهذا استثناء من القواعد العامة للحق فى الحبس تبرره ظروف الحالة التى نحن بصددها[2].

---

(١) نصت الماده ١٣١٣ من المجله العدليه علي أن «الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمه كالطاحون والحمام اذا احتاج الي العماره وطلب أحد الشريكين تعميره وأبي الاخر فيصرف عليه قدرا معروفا باذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما اصاب حصه شريكه من المصاريف التعميريه دينا له وله أن يستوفي دينه هذا من أجرته بايجار ذلك الملك المشترك، وبعباره أخري لايقف حق الشريك المضطر علي التعمير في هذه الحاله عند حبس العين عن الشريك وانما يتخذ مظهرا ايجابيا عمليا.

كل هذا اذا عمر الشريك الملك المشترك غير القابل للقسمه باذن الحاكم فان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الي مقدار ماصرف. ولكنب حصه شريكه من قيمه البناء وقت التعمير».

(٢) السنهوري، المرجع السابق ص١٥٠٧ بند ٦٥٢.

(هـ) حق حبس المنفق:

ما الحكم حين تكون النفقات المبذوله بمناسبه العين لم تقع في صوره عمليات ماديه ترقي الي حد الاندماج، ادماج قيمه ماديه ما في عين مملوكه للغير، ولكن في صوره نفقات مجرده بذلت في سبيل العين دون أن تزيد من قيمتها الماديه شيئا، وهل في وسع المنفق في هذه الحاله أن يمارس حق الحبس القائم علي أساس الارتباط القانوني فاذا لم يكن هناك عقد كما في حاله الوارث الظاهر حين يحكم عليه بالرد بموجب دعوي الاسترداد الوراثيه action en petition d,heredite فهل في وسع الوارث الظاهر حبس العين بما بذل في سبيل تخليصها من التكاليف التي كانت تثقلها؟

بالنسبه لحق المنتفع بالعين في استرداد ما أنفقه أثناء انتفاعه بالعين، وبالتالي أحقيته في حبس العين وفقا للقواعد العامه في الحبس قد عبرت عن ذلك الماده ٩٨٩ من التقنين المدني المصري بقولها:

«(١) المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض علي العين المنتفع بها من التكاليف المعتاده وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانه.

٢) أما التكاليف غير المعتاده والاصلاحات الجسيمه التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون علي المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك، فان كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند أنتهاء حق الانتفاع».

- ويتضح من هذا النص أن الاصلاحات الضروريه تكون علي المالك لاعلي المنتفع فاذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند أنتهاء حق الانتفاع، ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان.

ترابطا ماديا: التزام المنتفع برد العين بها الي المالك عند انتهاء حق الانتفاع، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المنتفع في التكاليف غير المعتاده والاصلاحات الجسيمه، فيجوز اذن للمنتفع طبقا لقاعده الحبس، ودون حاجه الي نص خاص أن يحبس العين المنتفع بها حتي يستوفي حقه من المالك[1]

- أما بالنسبه للوارث الظاهر فطبقا للقواعد العامه للحق في الحبس في التقنين المدني المصري يحق له التمسك بالحق في الحبس بأن يحبس أعيان التركه حتي يسترد من الوارث الحقيقي ماأنفقه عليها من نفقات، وذلك دون حاجه الي نص خاص وذلك لقيام الارتباط المادي مابين الدينين.

(و) مدي حق جائز العقار المرهون في حبسه اذا نزعت ملكيته، ضمانا للمصروفات التي أنفقها:

نصت الماده ٢/١٠٦٩ مد علي مايأتي:

«ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد الي الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته، وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات، وذلك الي جانب التزاماته بالثمن الذي رسي به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها اجراءات التطهير».

وطبقا للنص السابق يحق للحائز حبس العين حتي يستوفي هذه الحقوق تطبيقا لقاعده الحق في الحبس ودون حاجه الي نص خاص.

---

(١) استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣٢م المحاماه ١٣ رقم ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ ابريل ١٩٣٤م ٤٦ ص ٢٦٢ - د/ السنهوري، المرجع السابق، ص ١٥١٩ بند ٦٦٧.

- الحاله الثانيه: وهي حاله ما اذا أصاب الحابس ضرر من الشئ محل الحبس يستحق تعويضا عنه:

لم ينص المشرع علي الحاله الثانيه للارتباط المادي أو الموضوعي[١]، ومع هذا فان دواعي الحبس قد لاتكون متعذره، فان التعويض عن الضرر كالتعويض عن الاثراء غير المشروع كلاهما يصدر عن فكره واحده من عدم الاضرار بالأموال والنفوس فاذا حل الضرر بالساحه فللمضرور الحق في حبس الشئ الذي سبب الضرر اذا حازه بطريقه مشروعه حتي يستوفي التعويض سواء كان مرجع الضرر اثراء غير مشروع أو قواعد المسئوليه (الضمان)[٢].

- ولهذا اتفقت الآراء علي توافر الارتباط المادي في حاله ما اذا أصاب الحائز أو المحرز ضرر بسبب الشئ نشأ عنه حق له، فاذا كان الشئ في يده فله أن يحبسه الي أن يستوفي ما هو

---

(١) أنظر الماده ٨٥٥ من المشروع التمهيدي وقد حذفتها لجنه المراجعه «اكتفاء بالقواعد العامه» وكانت (تخول للمستعمر أن يحبس الشئ المعار الي أن يستوفي مايستحقه من تعويض عن الضرر الناتج من عيب خفي في الشئ) الأعمال التحضيريه ج٤ ص٦٧٣.

(٢) د/ صلاح الناهي، المرجع السابق، ص١٢٩ بند ١٢٠. ومن جمله أحوال حق الحبس في الشريعه الرومانيه: حاله حق المضار في حبس العين التي نجم منها الضرر سواء كان الضرر ناجما عن عين أو عن حيوان مملوكين للغير ومع هذا فقد كان مالك الحيوان لايلتزم بما ينجم عن الحيوان للشخص المضار.

ومن الاحوال الاخري في الشريعه الرومانيه: انه لو رهن مملوك رهن حيازه ثم أقدم المملوك علي ارتكاب سرقه، اضرارا بالمرتهن فانه يفرق بين فرضين فاذا كان المدين الراهن يجهل ميل المملوك الي السرقه ففي وسعه أن يتخلي عن المملوك كما يتخلي مالك الحيوان عنه عند حدوث ضرر منه للغير، أما اذا لم يكن يجهل ذلك فعليه أن يعوض الدائن وفي وسع الدائن الاحتجاج عليه بحق الحبس (صلاح الناهي، المرجع السابق، ص٢٠٣، ٢٠٤ بند ٢٣٩).

مستحق له، اذ أن الارتباط متحقق في هذه الحاله، فاذا فر حيوان من حارسه الي ملك الجار فسبب فيه ضررا كان للجار الحق في حبسه[1].

- واذا لم يوجد بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي **فان الاتفاق بين الطرفين قد ينشئ هذا الارتباط**، فمثلا يتفقان علي أن الالتزامات المتقابله فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئه، فترتبط التزامات كا منهما بالتزامات الآخر، ويجوز عندئذ لأي منهما أن يحبس ما في ذمته من التزامات للآخر حتي يستوفي ماله من حقوق عنده. وهذا الاتفاق لايسري الا في ماوجهه طرفيه فقط ولايكون له أثر تجاه الغير.

- جواز اجتماع نوعى الارتباط (القانونى، المادى)[2]:

يلاحظ أن ثمة حالات يجتمع فيها الارتباط القانونى والمادى، وهى تلك الحالات التى توجد فيها رابطة تبادلية بين حق الحابس والتزامه بالرد (وهذا هو الارتباط القانونى) ويكون أيضا حق الحابس قد نشأ بسبب حيازته للشئ من مصروفات انفقها عليه أو ضرر أصابه منه (وهذا هو الارتباط المادى أو الموضوعى).

ومن أمثلة ذلك:

- الوكيل اذا حبس الأشياء التى عهدت اليه بحكم الوكالة الى أن يستوفى ماهو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء، له أن يستند كأساس لحقه فى الحبس - الى الارتباط القانونى، فالتزامه

---

(١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٩/ ٢٤٠ بند ١٠٧- د/ السنهوري، المرجع السابق، ص١٤٨٩/ ١٤٩٠ هامش ٢١٠.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٠ بند ١٠٧ - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٩٢/ ١٩٣ بند ١٧٠.

بالرد والتزام الموكل بدفع المصروفات يكونان معا علاقة تبادلية، كما أن له أن يستند الى الارتباط الموضوعى، فقد نجم حقه عن الشئ المحبوس ذاته.

- كذلك من حق المودع لديه فى الحبس بسبب المصروفات التى أنفقها لحفظ الشئ المودع[1] أو ما أصابه من ضرر بسبب الشئ المودع، وانما يستند الي الإرتباط القانونى، لان هناك علاقة تبادلية بين التزامه بالرد والتزام المودع بالتعويض، وله أن يستند الي الارتباط المادى، فقد نشأ حقه عن الشئ المحبوس نفسه.

- وكذلك المقاول الذى يقوم باستصناع مادة أولية عهد إليه بها رب العمل فيكون له أن يحبس المادة بعد استصناعها الى أن يستوفى ماهو مستحق له وحقه فى الحبس قائم على أساس من الارتباط المعنوى، ومن الارتباط المادى معا[2].

- أهمية التمييز بين نوعى الارتباط[3]:

ان للتمييز بين نوعي الارتباط أى المعنوى والمادى أهميته من ناحية:

---

(١) أما المصروفات التى قد ينفقها المودع عنده بتكليف من المودع، فان التزام المودع بدفعها لايكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة، اذ لايكون المودع عنده قد أنفقها باعتباره مودعا عنه، وقد قضت محكمة النقض تطبيقا لذلك «بأن لايحق لمن اودعت عنده سيارة أن يحبسها استيفاء لأجرة الساق التى قام بدفعها بتكليف من المودع» نقض مدنى ٢٧ يونية ١٩٦٣م، مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ع ٢ ص ٩٥٦ رقم ١٣٣.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٠ بند ١٠٧.

(٣) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٠ بند ١٠٨ - د/ أنور سلطان، د/جلال العدوى،المرجع السابق، ص ٢٣٣، بند ٢١٦ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ١٤٨٩ بند ٦٤٣ هامش (١) - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٩٣ بند ١٧١ د/ فتحى عبدالرحيم عبدالله، احكام الالتزام ط ١٩٧٧م ص ١٥٠ - ١٥٨.

(أ) مدى الاحتجاج به:

اذ باختلاف نوع الارتباط الذى يقوم عليه الحق فى الحبس يختلف مدى الاحتجاج به، فالحبس المبنى على الارتباط الموضوعى فى صورة استرداد المصروفات يجوز الاحتجاج به على الكافة.

أما فى الارتباط المادى فى صورة التعويض المستحق عن ضرر نجم عن الشئ وفى الارتباط المعنوى (القانونى) فان تحديد الأشخاص الذين يجوز الاحتجاج عليهم به كان محلا لمناقشات طويلة بين الفقهاء وسيأتى تفصيل ذلك فيما بعد[١].

(ب) محل الحق فى الحبس:

من ناحية محل الحبس، نجد أنه اذا استند الحق فى الحبس الى **الارتباط المادى** فانه يقتصر على الشئ الذى أنفقت عليه المصروفات أو نشأ عنه الضرر.

أما فى الارتباط القانونى: فان الحق فى الحبس يمتد الى كافة الالتزامات التى على الدائن التزام بادائها استنادا الى العلاقة التبادلية ومادامت تلك الالتزامات مرتبطة بالحق الذى له فى ذمته. ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر، فمثلا فى **عقد المقاولة:** يجوز للمقاول أن يحبس الشئ الذى يستحق عنه أجرا وكذلك غيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها اليه لاجراء العمل، وذلك حتى يستوفى أجره[٢].

---

(١) انظر فى هذا البحث بند ٩٧ ومابعده.

(٢) انظر فى عقد المقاولة المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى وقد حذفت فى لجنة المراجعة «أكتفاء بالقواعد العامة فى الحبس» وهى تنص على انه (اذا كان العمل متعلقا بمنقول ولم يحدد اجل لدفع الاجر، جاز للمقاول ان يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها اليه لاجراء العمل، وذلك الى ان يستوفى اجره).

- وطبيعي أنه في حالة اجتماع نوعي الارتباط أن يكون للحابس أن يستند الى أيهما شاء وفقا لمصلحته، فمثلا يجوز للمودع عنده، في حالة انفاق مصروفات على الوديعة، أن يستند الي الارتباط المادي اذا أراد الاحتجاج بحقه في الحبس على الغير الذي كسب حقه على الوديعة قبل ثبوت الحق في الحبس، ويكون له أن يستند الى الارتباط المعنوي لكي يستطيع أن يحبس كافة الأشياء التي عهد اليه بها ولو كان ماهو مستحق له مرتبطا ارتباطا ماديا ببعض منها فحسب[1].

- كيفية استعمال الحق في الحبس[2]:

- اذا ماتوفرت الشروط السابقة فانه يكون للدائن الحق في حبس ما للمدين تحت يده حتى يستوفي حقه منه، ولكن يشترط لاستعمال الحق في الحبس شروطا اخرى هي:

- (أ) عدم تعسف الحابس في استعماله لحقه في الحبس:

الأصل أنه بتوافر الشروط السابقة يجوز للحابس أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، على أنه قد يحول دون ذلك ما قد يصاحب مباشره

---

(١) انسكلوبيدى داللوز ج٤ بند ٨٣ ص ٧١٠ - دريدا في موسوعة داللوز ج٤ ص ٧١٠ - كسان: تعليق في سيرى ١٩٢٢ - ٢ - ٢٥.
انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤١ بند ١٠٨ - د/ انور سلطان، د/ جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٢٣٣ بند ٢١٦ - د/ السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٨٩ هامش (١) بند ٦٤٣.

(٢) أنظر السنهوري، المرجع السابق، ص١٤٩٠ ومابعدها بند ٦٤٤- د/ محمد لبيب شنب، كيفيه استعمال الحق في الحبس، بحث منشور في مجله العلوم القانونيه والاقتصاديه- حقوق عين شمس يوليه ١٩٦٨ السنه العاشره، العدد الثاني ص٤٣٧ ومابعدها. د/ أنور سلطان، د/ جلال العدوي، المرجع السابق ص٢٣٤ بند ٢١٧، ٢١٨.

هذا الحق من سوء نيه، أي ما قد يصاحبه من تعسف في استعماله، فلا يجوز مثلا للدائن أن يستعمل الحق في الحبس اذا كان بتقصيره في تنفيذه التزامه قد حمل المدين علي عدم الوفاء بتعهده، أو كان هو المتسبب بغشه أو إهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه[١]، أو اذا كان المدين قد نفذ جمله الالتزام ولم يبق منه الا جزء تافه الي حد لايعتد به [٢] أو اذا كان مايخشاه الدائن (كالمشتري) هو تعرض غير جدي، فمثلا مجرد أحتمال وجود تسجيلات علي العين المبيعه لايخول الحق في حبس الثمن حتي التحقق من خلوها من هذه التسجيلات[٣].

كذلك لايجوز للدائن أن يحبس دينا لمدينه خاليا من النزاع واجب الاداء حتي يستوفي منه دينا غير محقق الوجود، فلا يجوز للمستأجر

---

(١) أنظر المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدي الخاصه بالماده ١٦١ مدني مجموعه الاعمال التحضيريه ج٢ ص٢٣٣. وهناك جانب من الفقه يري أنه لايشترط أن يوجد تناسب بين قيمه الشئ المحبوس، وبين مقدار حق الدائن الحابس فيجوز الحبس، ولوكانت قيمه الشئ تزيد عما هو مستحق للدائن زياده كبيره مادام قد تحقق الارتباط بين حق الدائن والتزامه بأداء الشئ (د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٣٥ بند ١٠٤).

- ولكن قضاء محكمه النقض جري علي غير ذلك، اذ قضت تلك المحكمه الدائره المدنيه في ١٠ مايو سنه ١٩٦٦ مجموعه أحكام النقض، السنه ١٧ رقم ١٤١ ص١٠٤٠ «بأنه لايكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين، وان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب الي جانب ذلك الا يساء استعمال هذا الدفع، فلا يباح للمتعاقد ان يتمسك به ليمتنع عن تنفيذه اذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجه لاتبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لايكون متفقا مع مايجب توافره من حسن النيه، وانما يكفيه في هذه الحاه انقاص التزامه في الحدود العادله التي تتناسب مع مالم ينفذ من الالتزام المقابل».

(٢) نقض مدني في ١٠ مايو ١٩٦٦، مجموعه احكام النقض السنه ١٧ رقم ١٤١ ص١٠٤٠.

(٣) نقض مدني ٢٨ مايو سنه ١٩٤٣، مجموعه القواعد القانونيه ج٣ رقم ١٦٤ ص٤٦٨- نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٤٤م، مجموعه القواعد القانونيه ج٤ رقم ٧٥ ص٤٩٧.

مثلا أن يحبس الأجره بادعاء أن المؤجر لم يحقق له الانتفاع الهادئ بالعين المؤجره اذا كان المؤجر ينازع في هذا الادعاء[١].

(ب) لايشترط الاعذار ولا الحصول علي ترخيص من القضاء:

أيد القضاء المصري هذا الشرط حيث قضت محكمه النقض[٢] بأن ماينعاه المشتري علي حكم محكمه الاستئناف[٣] صحيح وان ورد هذا الحكم علي دفاع المشتري بأن لم ينذر البائع بعزمه علي استعمال حقه في الحبس قبل حلول ميعاد القسط «ينطو علي خطأ في القانون اذ **ان استعمال الحق في الحبس لايقتضي اعذارا ولاالحصول علي ترخيص القضاء**، كما ان الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه، لايتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فان كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل الشرط الفاسخ ولو كان صريحا». هذا وان كان هذا الحكم صريحا في اشتراط عدم الاعذار بالنسبه لاستعمال الحق في الحبس، الا أنه بالنسبه للدفع بعدم التنفيذ أنه لايشترط أيضا الاعذار حيث قضت محكمه النقض[٤]. أنه «من المقرر قانونا انه اذا كان الالتزام أحد العاقدين هو المقابل لالتزام العاقد الآخر، ولم يقم أحدهما

---

(١) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ ص٤٥٤.

(٢) الدائره المدنيه لمحكمه النقض المصريه في ١٩-١-١٩٦٧م، مجموعه أحكام النقض السنه ١٨ رقم ٢٤ ص١٥٢.

(٣) محكمه استئناف المنصوره في ٦ديسمبر ١٩٦٢م في الاستئناف رقم ٦٩ سنه ٤ قضائيه حيث زيدت حكم محكمه المنصوره الابتدائيه الصادر في ١٩ من ابريل ١٩٥٢ في الدعوي رقم ٣٩٤ لسنه ١٩٤٨ كلي المنصوره.

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٣٩، المحاماه السنه ٢٠ رقم ٢٩٧ ص٧٦٧، وقضت محكمه الاستئناف المختلطه في ١٩٢٢/٤/١٣م بيلتان السنه ٣٤(١٩٢١-١٩٢٢) ص٣١٠ «ان الدفع بعدم التنفيذ لايخضع لاشتراط الاعذار».

بالوفاء بالتزامه، كان الطرف الآخر في حل من عدم الوفاء بدون حاجه الي تنبيه ومن غير استصدار حكم بفسخ العقد».

- **أما القضاء الفرنسي:** فقد ذهب جانب منه الي عكس ماذهبت محكمه النقض المصريه حيث اشتراط الاعذار للتمسك بالحق في الحبس أو بالدفع بعدم التنفيذ[(١)].

الا أن الجانب الاكبر من القضاء الفرنسي يؤيد ماذهب اليه غالبيه الفقه الفرنسي علي أنه لايشترط اعذار الطرف الآخر للتمسك بالحق في الحبس[(٢)].

- أما الفقه المصرى[(٣)]: فقد ذهب الفقهاء الذين تناولوا بيان كيفية استعمال الحق فى الحبس الى القول بأنه لايشترط لاستعمال الحق فى الحبس عند توافر شروطه أن يقوم الدائن باعذار المدين، ولا الحصول على ترخيص من القضاء.

الا أن المشرع قد يتطلب فى حالات استثنائية الحصول على اذن من القضاء، من ذلك ماجاء فى المادة ٨٦٠ مدنى مصرى من أنه:

---

(١) نقض فرنسي «دائره العرائض» ١-١٢-١٨٩٧ دالوز ١٨٩٨-١-٢٨٩ تعليق حيث قضت بأنه «اذا كان طرفان مرتبطين بعقد تبادلي ولم ينفذ أحدهما تعهده، فلا يستطيع الطرف الآخر ان يتحلل بارادته الذاتيه من عقد لم ينفسخ بقوه القانون، ولا ان يرفض تنفيذ التزاماته اذا لم يكن قد اعذر المتعاقد معه بوجوب تنفيذ التزاماته».

(٢) انظر بلانيول في تعليق بداللوز ١٨٩٨-١-٢٨٩- نقض مدني فرنسي سيري ١٨٩٨-١-٢٨٩.

(٣) انظر د/ أنور سلطان، جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ومابعدها بند ٢١٨ - د/السنهورى، ص ١٤٩١ بند ٦٤٤ - د/ سليمان مرقس فى عقد البيع ١٩٦٨م ص ٤٥٢ رقم ٢٤١ حيث يقول وهو بصدد الكلام عن حق المشترى فى حبس الثمن عن البائع «أن هذا الحق يبقى مابقى سببه قائما ولايحتاج فى استعماله الى اعذار البائع» - د/ صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٩٩ رقم ٨٣ - عبدالمنعم فرج الصدة، أحكام الالتزام ١٩٥٥ ص ٨٣ رقم ٨٠ - د/ محمود جمال الدين زكى، أحكام الالتزام ١٩٦٧م ص ٧٩ رقم ٦٠. دمحمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٤٠ ومابعدها.

«١) اذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، الا اذا طلب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقته.

٢) وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما في ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن في ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه».

اذ وفقا لهذا النص يتعين استثناء على الحابس أن يحصل على اذن من القضاء اذا أراد الانتفاع بالعين المحبوسة أو استغلالها لاستيفاء حقه.

اذ وفقا لهذا النص يتعين استثناء على الحابس أن يحصل على اذن من القضاء اذا أراد الانتفاع بالعين المحبوسة أو استغلالها لاستيفاء حقه.

- **هذا وقد استند الفقه القائل** بعدم اشترط الاعذار أو الحصول على اذن من القضاء الى القياس حيث قالوا أن كلا من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ من طبيعة واحدة، وأن الحق في الحبس هو الأصل، وأن الدفع بعدم التنفيذ مجرد تطبيق له[1]. فلما كان الدفع بعدم التنفيذ لايحتاج الى اشتراط حصول اعذار ولا الحصول على ترخيص من القضاء كان أيضا الحق في الحبس لايحتاج الى شرط الاعذار أو الحصول على ترخيص من القضاء[2].

---

(١) انظر د/ صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٩٩ رقم ٨٣ - د/ محمد جمال ذكي، المرجع السابق، ص ٧٩ رقم ٦٠. وقد قررت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥١ «فان الدفع بعدم التنفيذ ليس الا تطبيقا خاصا من تطبيقات حق الحبس».

(٢) د/ أحمد حشمت ابوستيت، في مصادر الالتزام، عام ١٩٦٣م ص ٣٥٤ رقم ٣٩٢ - د/ عبدالحي حجازي، مصادر الالتزام عام ١٩٦٠م ص ٤٢٩ رقم ٥٣٩، ص ٤٣٩ رقم ٥٥٤، وفي رسالته عن عقد المدة عام ١٩٥٠ ص ١٧١ د/ عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ١٩٦٠م ص ٤١٤ رقم ٢٨٧.

- كما استندوا أيضا في عدم اشتراط الاعذار أو الحصول على الترخيص من القضاء على اعتبار الحق فى الحبس وكذلك الدفع بعدم التنفيذ دفعا[١]، حيث لايقضى على الالتزام وانما يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام، حتى ينفذ خصم المتمسك بالدفع التزامه، أو يعرض تنفيذه عرضا حقيقياً[٢]، فيترك الدفع بعدم التنفيذ، والحبس لتقدير الطرف الذى يتمسك به، ويرجع ذلك الى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى، وطريقة الدفع أن التمسك به لايحتاج الى رفع دعوى، بل هو الذى ترفع الدعوى عليه، فيتمسك عند ذلك بالدفع ولايحتاج المتمسك بالدفع الى اعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع.

- ولكن هل يمكن اشتراط حصول الاعذار قبل التمسك بالدفع فى العقد عند انشائه؟

يجيب على هذا التساؤل جانب من الفقه قائلاً: «يجب أن نفرق فى هذا الصدد بين العقد الفورى وعقد المدة، **ففى العقد الفورى** لايمكن اشتراط سبق حصول الاعذار لامكان الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأنه فى هذا العقد يؤدى اشتراط الاعذار قبل ابداء الدفع الى انكار حق المتعاقد فى ابداء هذا الدفع، **ولبيان ذلك نفرض جدلاً:** أن ثمة قانونا يوجب على البائع بالنقد لامكان حبس المبيع عنده حتى دفع الثمن أن يعذر المدين قبل اجراء هذا الحبس، فماذا يكون اثر هذا الشرط فى مركز كل من البائع والمشترى؟.

---

(١) انظر د/ عبدالرزاق السنهورى فى نظرية العقد ١٩٣٦م ص ٧١٦ – ٧١٧ رقم ٦٧١ عكس ذلك د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢١٦/٢١٧ رقم ١٢٥.

(٢) Marty (G) et Raynaud (R) : Droit civil T II. V. 1, 1962, P. 261, N: 294.

أحد أمرين: فاما يكون للاعذار أثر رجعي، واما الا يكون، فان كان للاعذار أثر رجعي فمقتضى ذلك أن البائع بالنقد الذى حبس المبيع عنده مدة من الزمان بغير حق لحصوله قبل الاعذار يصبح له الحق بأثر رجعي في هذا الحبس أى من يوم اجرائه الحبس لا من يوم حصول الاعذار، وذلك لافتراضنا أن الاعذار سيكون له أثر رجعي، ومن ثم لا تعود أية فائدة على المشترى من اشتراط حصول الاعذار قبل ابداء الدفع بعدم التنفيذ.

أما اذا لم يكن للاعذار هذا الأثر الرجعي: فمعنى ذلك أنه فى الفترة السابقة على الاعذار يكون للمشترى حق نهائى فى تسلم المبيع حتى قبل دفع الثمن، وبذلك لايكون للدفع بعدم التنفيذ فائدة اذ أنه قبل الاعذار يكون للمشترى الحق فى المطالبة بالتسليم، وهو حق نهائى لايسلبه منه الاعذار الذى لن يكو له بحسب الفرض أثر رجعي، ومن ثم يكون مؤدى اشتراط الاعذار قبل استعمال الدفع انكار حق المتعاقد فى ابداء الدفع.

- هذا فى العقد الفورى، **أما عقود المدة**: حيث يكون مبدى الدفع ملتزما بأداء ذى تنفيذ مستمر أو دورى فيتصور أن يصدر قانون يجبر المورد أو العامل على الا يمتنع عن تقديم اداءاته الا بعد اعذار المتعاقد الآخر»[1].
- **الا أن هناك جانبا آخر** من الفقه يشترط ليتم التمسك بالحق فى الحبس سبق اعذار المدين فلكى يتمسك البائع مثلا بحقه فى الحبس

---

(١) انظر فى عرض ذلك د/ عبدالحى حجازى، مصادر الالتزام عام ١٩٦٠م ص ٤٣٨/٤٣٩ رقم ٥٥٣، وفى رسالته عن عقد المدة عام ١٩٥٠م ص ١٧٠ - ١٧١.

فى صورة دفع بعدم التنفيذ لحين قيام المشترى بسداد الثمن أن يرسل اعذار الى المشترى، حتى يثبت تقصير هذا الأخير[١] باعذاره بتنفيذ التزامه.

– **ولكن يمكن القول** بأن تمسك البائع بالحق فى الحبس لايلزمه بالاعذار لأن عدم اشتراط الاعذار مقصور على استعمال الحق فى الحبس ذاته، أما انتقال تبعه الهلاك من البائع الى المشترى فى حالة الهلاك للمبيع فهى مسألة اخرى مستقلة عن استعمال الحق فى الحبس، فقد يتم التمسك فى شكل اعذار، وقد يتم فى أية صورة أخرى، المهم أن يكون البائع قد جابه المشترى بحبسه بأى وسيلة سواء أن يكون المشترى قد طالب البائع بتسليم المبميع فرد عليه البائع بالرفض مقررا أنه ممتنع عن التسليم حتى يستوفى الثمن أو غير ذلك، والقصد من هذه المجابة منع الغش، فقد يتأخر البائع عن التسليم، ويتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن دون أن يدور فى ذهن أى منهما فكرة الحبس، ثم يهلك المبيع فى يد البائع فيتعمد الى اثارة حقه فى الحبس للتخلص من عبء تحمل تبعة هلاك المبميع ولهذا لابد من وجود دليل، يقينى على استعمال البائع لحقه فى الحبس[٢].

---

(١) انظر د/ عبدالمنعم البدراوى، أثر مضى المدة فى الالتزام ١٩٥٠م ص ٤٢٩ رقم ٢٨٠ – د/ منصور مصطفى منصور، العقود المسماة: البيع والمقايضة والايجار ص ١٤٥ رقم ٧٥

(٢) د/ مجدى صبحى خليل بالاشترك مع د/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع عام ١٩٦٨ ص ١٨٧ رقم ١٢٣ – د/ محمد لبيب شنب، كيفية استعمال الحق فى الحبس، المرجع السابق، ص ٤٥٢، ٤٥٣.

- الحق فى الحبس ومايشتبه معه:

– نوضح فى هذا المبحث أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحق فى الحبس وبعض النظم القانونية التى تشتبه معه ومنها الدفع بعدم التنفيذ وبقى أن تناول المقارنة بالنسبة للفسخ والمقاصة على الوجه الآتى:

- أولاً: الحق فى الحبس والفسخ:

(أ) أوجه الاختلاف:

– ان الحق فى الحبس يختلف عن التمسك بالفسخ فى أن الأول انما يكون فى صورة دفع وا لتمسك بالدفع لايحتاج الى اعذار المتعاقد الآخر – كما ذكرنا – قبل أن يتمسك به، على أن المتمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه، وفي هذا اعذار كاف للمتعاقد الأخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته.

– ويترتب على اعتبار الحق فى الحبس دفعا أن يترك الحبس لتقدير الطرف الذى يتمسك به لايحتاج الى رفع دعوى، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع.

هذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فانه يتمسك به فى صورة دعوى وبالتالى فان الاعذار قبلها واجب.

– ان الارتباط بين الدينين فى الحق فى الحبس محل اعتبار، وينبنى على ذلك عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل، وهذا بخلاف الفسخ فلم يعتبر فيه الارتباط، لأن الفسخ هو حل لامجرد وقف تنفيذ فهو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ، واذا أباح الارتباط الاقل فلا يتعين أن يبيح الارتباط الاكثر.

(ب) أوجه الاتفاق:

- يتفق الفسخ مع احدى صور الحق فى الحبس وهو الدفع بعدم التنفيذ فى أن كلا منهما محصور فى العقود الملزمة للجانبين، ويختلف مع باقى الصور الخاصة بالحق فى الفسخ فى أن الفسخ لايكون الا فى العقود الملزمة للجانبين، أما الحق فى الحبس فنطاقه أشمل وأعم لأنه يشمل العقود الملزمة للجانبين فى صورة الدفع، وغيرها من الالتزامات المتقابلة التى يكون بينها ارتباطا أيا كان نوعه سواء مادياً أو قانونياً.

- ثانياً: الحق فى الحبس والمقاصة(١):

(أ) أوجه الاتفاق:

- جعل المشرع من الحق فى الحبس نظرية عامة قوامها فكرة الضمان، بأن يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ أى يحبس التزامه عن دائنه حتى يستوفى ماله من حق قبل هذا الدائن، وهو ماتحقق فى حالة العقود التبادلية، وفى كافة الحالات التى يتوافر فيها الارتباط القانونى أو المادى بين الالتزامين، وهو من هذه الناحية يقترب من المقاصة اذ يجمع بينهم التقابل فى الالتزامات.

---

(١) انظر كسان فى رسالته:

De l, exception tirée de l, exception dans les rapports synallahmatiques, the paris 1914 p. 197 - 198.

- اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ومابعدها بند ١٠٤ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦١٩ هامش (٢) بند ٤٢٩ - د/ صلاح الناهى، المرجع السابق، بند ١٩٢ - ١٩٨ ص ١٨١ - ١٨٤ - د/ عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٦٧ هامش (١) بند ٦٣٩.

- علاوة على أن المقاصة والحق فى الحبس يجمعهما الأساس المشترك وهو قيامهما على العدالة وحسن النية والمساواة بين الطرفين والتى يجب أن تسود المعاملات بينهما.

(ب) أوجه الاختلاف:

ولكن هناك فوارق بين الحق فى الحبس والمقاصة تتمثل فيما يأتى:

١) المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزامات حيث ينقضى الدينان بقوة القانون بقدر الأقل منهما، ولذا يتطلب فيها التماثل بين الالتزامين المتقابلين (١/٣٦٢ مدنى مصرى).

- على حين أن الحق فى الحبس امتناع مؤقت عن التنفيذ يقصد به الحابس الضغط على مدينة ليفى بما تعهد به، ولذا لا يستلزم فيه توافر مثل هذا الشرط[1].

٢) يشترط فى المقاصة أن يكون الدينان خاليان من النزاع أى حق كل منهما مقدرا (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ولكن الحال غير ذلك بالنسبة للحق فى الحبس، اذ ليس من المقبول مادام أن المدين لاينازع فى مديونيته أن يتسلم ماله قبل أن يوفى بما عليه، متذرعا بأن هناك

---

(١) Jossezand (Gouis): (Gours de droit civil positif Francais 2ed No. :1466.

بلانيول، وريبير واسمان، المرجع السابق، ج ٦ بند ٤٤٤.

- اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ ومابعدها بند ١٠٤ – د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦١٩ هامش (٢) بند ٤٢٦ – د/ صلاح الناهى، المرجع السابق، بند ١٩٢ – ١٩٨ ص ١٨١ – ١٨٤ – د/ عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ١٤٦٧ هامش (١).

حساب يجب اجراؤه لتقدير ماهو ملتزم به، ولذلك فالراجح أن للدائن حق الحبس، ولو كان حقه لم يقدر بعد[١].

(جـ) المقاصة تقع بين ديون حالة منبتة الصلة بينها بينما الحق فى الحبس لايقع الا بين ديون بينها ارتباط.

(د) المقاصة أقوى أثرا من الحق فى الحبس لأنها ليست وسيلة ضمان فحسب، بل طريقة استيفاء أيضا، أما الحق فى الحبس فليس إلا وسيلة ضمان فقط مقررة للدائن مؤقتا أى إلى أن يستوفى حقه من طريق آخر[٢].

ولكن الحق فى الحبس أقوى أثراً من المقاصة من ناحية أخرى فقد نصت المادة ٤٧٦ مدنى مصرى على أن لايجوز أن تقع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير، فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز.

أما الحق فى الحبس فى الأصل فيه أن ينفذ فى حق الغير[٣]، كما سنوضح فيما بعد[٤].

---

(١) استئناف مختلط ٨ نوفمبر ١٩٢٣، بلتان سنة ٤٦ ص ٢١ – ١٩ فبراير ١٩٣٦م بلتان سنة ٤٨ ص ١٥٢ – استئناف مصر ٩ فبراير ١٩٣٧م، المحاماة سنة ١٧ س ١١٧٣ رقم ٥٥٨.

(٢) بودرى لاكانتينرى، المرجع السابق نبذة ٢٢٠.

(٣) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٩١٦ هامش (٢) بند ٤٢٦.

(٤) انظر فى هذا البحث الفصل الرابع، بند ٩٧ ومابعده.

المطلب الرابع
الآثار المترتبة
على الحق في الحبس

* تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني مصرى على ماياتى:

١) مجرد الحق فى حبس الشئ لايثبت حق امتياز.

٢) وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته.

٣) واذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ وينتقل الحق فى الحبس من الشئ الى ثمنه».

ويمكن أن نتناول الآثار المترتبة على الحق فى الحبس بين الطرفين من خلال نص المادة المذكور من ناحيتين:

أولاً: من حيث الحقوق التى تترتب على التمسك بالحق فى الحبس.

ثانياً: من ناحية الواجبات التى تترتب عليه.

وذلك في فرعين علي الوجه الآتي:-

الفرع الأول
الاول: حقوق الحابس

- اذ مارجعنا الى النصوص التشريعية التى تتضمن الآثار المترتبة على الحق فى الحبس نجد أن الحقوق التى يتمتع بها الحابس انما تكون فى الامتناع عن تسليم العين محل الحبس، وأنه لايتمتع بحق امتياز على الشئ محل الحبس، كما أن له الاحتجاج بالحق فى الحبس على الغير وذلك على الوجه الآتى:

- اولا: الامتناع عن تسليم العين[١]:

ممن الحقوق الجوهرية التى تترتب للحابس، حقه فى الامتناع عن تنفيذ التزامه، فاذا كان التزاما بتسليم شئ - وهذا هو الغالب - امتنع عن تسليمه الى من له الحق فى استرداده سواء كان المالك أو غيره[٢]، وذلك حتى يستوفى كامل حقه فى مواجهة المدين، وهذا مايعبر عنه بأن الحبس غير قابل للتجزئة[٣] indivsible بشرط عدم التعسف بأن يكون الجزء الباقى تافها[٤].

---

(١) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومابعدها ١١١-
د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، ص ٣٣٦ ومابعدها بند ٢٢٠ -
د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٩٩ ومابعدها بند ٤١٢-
د/ عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٢٣ ومابعدها بند ٦٧٠-
د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ ومابعدها بند ١٣١ -
د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، بند ١٧٤ ص ١٩٠-
د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق، ص ١٤٢ ومابعدها بند ١٨٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٣٠م الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ٩٣٢.

(٣) انظر نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١م، مجموعة أحكام النقض ج٢ طعن رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦.

(٤) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم (٤).

والحبس فى ذاته ليس طريقا من طرق انقضاء الالتزام بل هو امتناع مؤقت عن التنفيذ حتى يستوفى الحابس حقه قبل مالك الشئ، وعلى ذلك تبقى ملكية هذا الشئ خالصة للمدين وتكون له ثماره ونماؤه، ويكون له هذا التصرف فيه الى من يشاء، ويعتبر هذا الشئ مادام المدين لم يتصرف فيه جزءاً من أمواله التى يتكون منها الضمان العام لدائنيه، فيجوز لهؤلاء الدائنين أن ينفذوا عليه ليستوفوا من ثمنه حقوقهم على الا يخل ذلك بحق الدائن فى حبس الشئ [١]، وفى هذا يختلف عن المقاصة التى ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما [٢].

وبناء على ذلك ذهب البعض الى القول بأنه: لايحق للمدين المطالب بالشئ محل الحبس أن يتمسك بالمقاصة لتجنب آثار الدفع بعدم التنفيذ حين يكون مدينا بمبلغ من النقود بناء على رابطة قانونية تجمعه بالدافع، فلو تمسك المشترى مثلا بالمادة ٤٥٧ مدنى مصرى المتعلقة بحق المشترى فى حبس الثمن خشية استحقاق المبيع، فليس للبائع أن يجبر المشترى على تحمل مقاصة قانونية أو قضائية لأن المقاصة أداء [٣].

ونرى أن الرأى السابق محل نظر، لأن الواقع أن التناقض بين التمسك بالحق فى الحبس في كل صورة وبين تمسك المدين المطالب بقيام المقاصة عند تحقق شروطها ليس ظاهراً بالرغم من أن المقاصة أداء لأن الحق فى الحبس وسيلة غير مباشرة للاستيفاء، واذا كانت كلتا الوسيلتين يرميان الى تسوية المراكز الخاصة المتقابلة بالتنفيذ المتبادل

---

(١) بيدان وفوارارن، المرجع السابق، نبذة ٢٨٢.

(٢) انسيكلوبيدى داللوز ج٤ ص٧٠٨ بند ٥٥ – انظر فى هذا البحث الحق فى الحبس وما يشتبه به بند ٦٩ «الحق فى الحبس والمقاصة».

(٣) انظر كسان، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

فان تضافرهما فى سبيل الوصول الى تلك النتيجة أظهر وأرجح وأشد منطقا. أما المثال الذى ذكره أصحاب الرأى السابق فيمكن تفسير امتناع المقاصة فيه بعدم اجتماع شروطها لعدم اتخاذ جنس الدينين مثلا أو لعدم الخلو منالنزاع الجدى.

– على أن للمدين بمقتضى المادة ١/٢٤٦ مدنى مصرى أن يجبر الحابس على تسليم الشئ اذا قام «بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه» ولافرق فى ذلك بين تأمين شخصى كالكفالة أو عينى كالرهن[١]، ولكن يشترط أن يكون التأمين كافيا ولقاضى الموضوع أن يفصل – عند النزاع – فى مدى كفاية التأمين الذى قدمه[٢]، فاذا لم يقدم المدين تأمينا كافيا كان للحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ وله أن يظل على موقفه السلبى، هذا الى أن يتم الوفاء فعلا أو يقوم المدين بعرض الوفاء به عرضا حقيقيا يقبله الحابس أو يحكم نهائيا بصحته (م ٣٣٩ مدنى مصرى) [٣]،لأن العرض الحقيقى يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك لايكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للحابس فى خزانة المحكمة[٤]، على أنه اذا كان حق الحابس غير

---

(١) على عكس القانون الالمانى الذى يستبعد الكفالة «انظر م ٢٧٣ من التقنين الالمانى».

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٦/٢٤٥ بند ١١١ – د. أنور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق ص ٢٣٦ بند ٢٢٠.

(٣) نصت المادة ٣٣٩ مدنى مصرى على أنه «يقوم العرض الحقيقى بالنسبة الى المدين مقام الوفاء، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لاحكام قانون المرافعات او تلاه أى اجراء مماثل، وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته».

(٤) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠م بلتان سنة ٤٢ ص ٥٠٠٠ على أنه «إذا تم هذا الايداع مع اتباع اجراءات العرض الحقيقى، ثم حكم بصحة العرض والايداع، فالمحكمة تحكم فى نفس الوقت ببراءة ذمة المدين، فيتعين على الدائن اكلحابس ان يسلم الشئ اذ قد انقضى حقه قبل المدين، ولو لم يكن قد تسلم بعد ماأودع على ذمته فى خزانة المحكمة».

معلوم المقدار جاز للمدين ان يطلب من القضاء الاذن فى ايداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفى منه حقه عند تقديره ويكون للمدين بعد هذا الايداع اجبار الحابس على تسليم الشئ المحبوس[1].

- ولكن هل الرخصة التى جاءت فى المادة ١/٢٤٦ مدنى مصرى والخاصة باجبار الحابس على تسليم الشئ اذا قام «بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه» رخصة عامة تنطبق على كل صور الحق فى الحبس أم هى مقصورة على بعض الصور دون البعض الآخر؟.

ان المشرع المصرى قد نص على هذه الرخصة في مجال التمسك بالحق فى الحبس، ولم ينص عليها فى المادة ١٦١ الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ فهل تنطبق هذه الرخصة على الدفع بعدم التنفيذ باعتباره تطبيقا من تطبيقات الحق في الحبس وفقا لرأى أغلبية الفقه المصرى أم لا؟.

نود أن نشير أولا أن الحكمة من انقضاء الحق فى الحبس بهذه الطريقة هى مايوجبه حسن النية من عدم جواز التعسف فى استعمال الحقوق، ذلك أن الحبس قد تقرر لضمان حق الحابس فاذا قدم لهذا الأخير ضمانا آخر كافيا، انتفى الغرض من الاستمرار فى حبس العين وأصبح احتباسها بعد ذلك تعسفا لامبرر له.

ويتبين أن الحكمة السابقة لاتتوافر فى جميع صور الحق فى الحبس ففى الارتباط القانونى الذى يستند الى العقود التبادلية

---

(١) استئناف مختلط ٨ نوفمبر ١٩٣٣م، مجموعة بلتان سنة ٤٦ ص ٢٧، ١٩ فبراير ١٩٣٦م مجموعة بلتان سنة ٤٨ ص ١٥٢ - انظر د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها بند ١١١.

(مجال الدفع بعدم التنفيذ)، توجد علاقة سببية بين الالتزامين الأصليين ذلك أن كل طرف لم يلتزم الا بغرض الحصول على ماتعهد به الطرف الآخر، ولا يغنى عن ذلك تقديم تأمين له، ولذا لاينقضى الدفع بعدم التنفيذ بهذه الطريقة. وهذا الحكم يمكن استخلاصه من مقارنة المادة ١٦١ مدنى مصرى والتى تنص على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد لآخر بتنفيذ ما التزم به». بالمادة ١/٢٤٦ والتى تنص على أن «لكل من التزم باداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا».

ومما سبق نجد أن المادة الأولى اغفلت ذكر هذا الطريق من طرق الانقضاء على حين أشارت اليه المادة الثانية. ويبدو أن سكوت المشرع المصرى عن النص على هذه الرخصة فى الدفع بعدم التنفيذ فى المادة ١٦١ مدنى مصرى كان سكوتا متعمدا يقصد به التفرقة بين الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس[1].

وبناء على ذلك ذهب البعض الى القول بأن هذه الرخصة غير ممكنة فى ميدان الدفع بعدم التنفيذ فى الالتزامات الرئيسية فى العقود التبادلية الكاملة اذ يصل الاس الذى يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ فيها

---

(١) صلاح الناهى، المرجع السابق، بند ١٤٥ ص ١٤٢/١٤١ انظر فى ذلك سالى، فى الالتزامات فى القانون الالمانى فقرة ١٧١ وقارن بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٤٥ هامش (٣) ص ٦٠١.

الى حد السببية الوظيفية الوثيقة بين الالتزامات المتقابلة. الا أنه فى الامكان القول أن هذه الرخصة ممكنة فى بقية صور الحق فى الحبس وخاصة ذات الارتباط الموضوعى أو المادى(١).

ويؤيد ذلك الحكم بما جاء فى عقد البيع مثلا فى شأن حق كل من المشترى والبائع فى الدفع بعدم التنفيذ اذ أجاز المشرع انقضاء هذا الحق اذا قدم تأمينا كافيا للحابس فى بعض الحالات (م ٤٥٧ مدنى مصرى) على حين أنه لم يجز ذلك فى حالات أخرى (م ٤٥٩ مدنى مصرى)، ولو كان الدفع بعدم التنفيذ ينقضى بهذا الطريق كباقى صور الحق فى الحبس، لاكتفى المشرع بذكر الحالات المستثناة من هذا الحكم(٢).

ونرى أن التفرقة السابقة ليس لها مايبررها بقصر هذه الرخصة على بعض صور الحق فى الحبس دون البعض الآخر (الدفع بعدم التنفيذ) لأن نص المادة ١/٢٤٦ مدنى مصرى صريح فى تطبيق هذه الرخصة على الدفع بعدم التنفيذ، عندما نص على أن لكل من التزم باداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يقصد الوفاء بالتزام مرتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به.. فنص الفقرة شامل الدفع بعدم التنفيذ الذى يكون مجاله العقود التبادلية التى تكون فيها الالتزامات أصلية ومبنية على ارتباط سببى حيث نص المشرع على ذلك بقوله «مرتبا عليه بسبب التزام المدين». كما تشمل أيضا الالتزامات التى تقوم الارتباط أيا كان نوعه سواء كان ارتباط ماديا أو معنويا أيضا. وفى تلك الصورتين أيضا جعل التخيير حيث يقول «أو مادام

---

(١) صلاح الناهى، المرجع السابق، ص١٤٢ بند-١٤٥.

(٢) د/ أنور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤٨ هامش (١).

المدين لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا». ومفهوم ذلك أنه اذا ماقدم تأمينا كافيا سواء كان الارتباط سببى (الدفع بعدم التنفيذ) أو موضوعى فهنا يحق للمدين أن يجبر الدائن الحابس على التخلى عن حقه فى الحبس.

- ولايجوز للمدين أن يسترد الشئ المحبوس من الدائن قبل أن يوفيه حقه الذى تقرر الحبس من أجله، فان استرده عنوه أو خلسة كان متعديا على حق الحبس، وجاز للدائن أن يطالب رد الشئ اليه ليتمكن من حبسه حيث نصت المادة ٢/٢٤٨ مدنى على أنه «ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، اذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه».

- أما اذا سلم الدائن الشئ المحبوس دينه مختاراً فان ذلك يعتبر نزولا منه عن حق الحبس ويقيد الحق فى طلب رده وهذا ماسنوضحه فيما بعد.

- والحق فى الحبس كوسيلة وقائية، لايمنع عن الحابس حقه فى الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه المرتبط فمثلا حق المستأجر فى حبس الأجرة عند اخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول بينه وبين الانتفاع بالعين المؤجرة، لا يحول بينه وطلب انقاص هذه الأجرة بنسبة مانقص من انتفاعه بالعين[1].

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٥/٤/٨م، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٤٩ ص ٧٦٦

- والشرط الصريح الفاسخ لايمنع من التمسك بالحق فى الحبس:

أى لايمنع الشرط الفاسخ من الامتناع عن تسليم الشئ المحبوس الذى تحت يده حتى يستوفى حقه من الطرف الآخر فقد قضت محكمة النقض بأن «الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لايتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فان كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع **فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا**، ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى، فاذا وجدت أسباب جدية يخشى معها الا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع فان من حق المشترى أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه»(١).

- المصاعب التى تتصادف فى حالة العمليات المتعاقبة:

يمكن لنا أن نتساءل عن مدى الحق فى الحبس لحساب جملة الدين. فالعلاقات بين الأفراد لا تتقلص دائما الى عملية منفردة، ولكن الواقع يوضح لنا أن هناك كثير من الاتفاقات المتعاقبة المشتملة كل مرة على تسليم شئ ومن أمثلة ذلك ملتزم العمل الذى يستخدم أكثر من مرة منسوجات لنفس مقدم العمل أو صاحب محل اصلاح السيارات التى يقوم باصلاح السيارأكثر من مرة لنفس العميل دون أن يقوم صاحب العمل بتسديده الأجرة فى كل مرة. فهل يحق للدائن (ملتزم العمل أى الأجير الصانع أو صاحب محل اصلاح السيارات) أن يحتفظ كل منهما بالمال الذى بين أيديهما مطالبين بالسداد الكامل لجملة الدين أو لا يحق لهما الحبس الا للمطالبة بالفاتورة الأخيرة فقط؟.

---

(١) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٢٠م، الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٥ ق

فى مثل هذه المسائل نجد القضاء مترددا بين الحالتين فبعض المحاكم الفرنسية ذهبت الى إقرار شرعية الحبس لمجموع حقوق الدين(١). والبعض الآخر منها رفض السماح به لحقوق ديون أخرى غير حق الدين الأخير(٢).

غير أنه فى الحالة أو تلك تطرح أغلبية المحاكم أو الفقه المشكلة فى حدود الحق فى الحبس دون أن تتساءل اذا كانت لاتتعلق بالأخرى بالدفع بعدم التنفيذ أم لا؟

ان هذه المسألة أثيرت وتعرض لها الفقهاء بمناسبة قرار أصدرته الغرفة التجارية الفرنسية فى ٢٣ يونية ١٩٦٤م(٣)، ان القضية التى كانت معروضة على محكمة النقض والابرام كان الأمر يتعلق فيها بحبس أحد أصحاب ورش اصلاح السيارات لعربة نقل (شاحنة) كان قد قام باصلاحها عدة مرات دون أن يحصل على الاطلاق من عميلة

---

(١) القضاء الذى اقر الحق فى الحبس بالنسبة لجملة حقوق الدين:

- Civ - déc. 1840, S. 1841. l. 33, Req. 13 mai 1861, S. 1861. l. 865' Douai, 25, nov. 1921, S. 1922. 11. 25, note cassin' Douai, 5 janv. 1933, D.H. 1934, Soomm. 4' Irib. Coom. Saint Etienne, 14 Fév. 1933, I. 758' Trib. Com. le Havre 22 mai 1939, 11, 177, 2e esp, D.H. 1939. 256' Trib. Com. Grenoble, 11 oct. 1954, G.P. 1955, l.231.

(٢) ومن بين القضاء الذى رفض امتداد ضمان الحق فى الحبس الى حقوق دين آخر نشير الى:

- Le Hrib. civ. de chole le 19 janv. 1955. I. Hables V. Rétention, D. 1956, som 121 et surtout l, arrét rendu la cour de Douai le 3 mars 1960 et confñrmé par la cour de cass' ch. com.' 23 juin 1964 (D. 1965, 79, avec une note de M. le doyen Rodiére). v. infra.

(٣) - Note précitée. D. 1965, 79.

الذى أعلن افلاسه ثمن حسابه، ولم يقبل صاحب ورشة اصلاح السيارات بطبيعة الحال التخلى عن العربة الا بسداد حسابه كاملا؟.

وفى محكمة النقض والابرام الفرنسية تم عرض **مسألة معرفة حقوق الدين الى يثقلها الحق فى الحبس فى اطار المادة ١٩٤٨م من القانون المدنى الفرنسى ولقد حسمت دائرة الاختصاص العليا** هذه المسألة بحصر مدى الضمان فى الفاتورة الأخيرة، فالاصلاحات المتعاقبة أفسحت المجال «الى اتفاقات متميزة بقدر المدفوعات التى تم سدادها للمصلح» وينشأ احتمال الحق فى الحبس عند كل مبلغ تم سداده قبل كشف الحساب الأخير فى كل مرة تم فيها وفاء الدين مع نزع الحيازة (ازالة وضع اليد). ان القرار الذى تم اتخاذه قد بررة القضاة الذين نظروا فى موضوع الدعوى بأن «الحق فى الحبس يجب أن يكون تابعا ليس فقط للالتزام الناجم عن نفس العملية بل يكون كذلك عن جميع حقوق الدين السابقة التى نشأت عن عمليات مماثلة بين نفس الأطراف **متى عرضت هذه العمليات ككل متجانس. مثل «اتفاق عام موحد»**[1]. وان محكمة النقض والابرام ترفض فى حالة الاصلاحات التى يقوم بها صاحب ورشة لاصلاح السيارات اعتماداً مركبا على هذا النحو للعلاقات بين العميل والصانع. مستنكرة بذلك أحد المواقف التى دافعت عنه بحرارة المحكمة التجارية بجرينوبل فى ١١ أكتوبر ١٩٥٤[2].

ولكن يجب الاشارة هنا الى أنه لم تنظر المحكمة التجارية لادعاء صاحب محل اصلاح السيارات من **زاوية الدفع بعدم التنفيذ**. وهو ما

---

(١) H.L. et Mazeaud, t. III, n 116.

(٢) Décision précitée, G.P. 1955, 1. 231.

اعترض عليه روديير الذى ذهب إلى القول بوجود التباس فى المعنى اللغوى بين الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس وأن المشرع يرى الحق فى الحبس لايتأتى الا فى مجال خارج التعاقد، وحق دين الصانع يكون بطبيعة الحال هنا من أصل اتفاقى ذلك هو الدفع بعدم التنفيذ وليس الحق فى الحبس الذى يواجه به صاحب ورشة اصلاح السيارات مدينة. وفضلا عن ذلك فان العميد روديير يصرح بأن الضمان فى حالة مماثلة يجب أن يخصص للدين الأخير(١).

ولكن من وجهة نظرنا أنه كما ذكرنا(٢) لنا تصور مختلف تماما عما ذهب اليه العميد روديير فى اعتماد الحق فى الحبس، لقد ذكرنا فى الواقع لماذا يبدو لنا نظام الدفع بعدم التنفيذ مشروطا بالطابع الملزم للطرفين فى الالتزامات حيث ترتبط بالالتزام الأصلى الذى ينشأ عن العلاقة التعاقدية، أما الحق فى الحبس فانه يتصور وجوده أيضا فى العلاقات التعاقدية ولكنه لاينصب على الالتزام الأصلى بل يتعلق بالتزام اضافى تبعى وهو الامتناع عن التسليم حيث لم يقدم المدين الدين الذى رفض الوفاء به كمقابل لحق الدين، وفى الحالة السابقة أن الالتزام بالاعادة ليس سبب دين المالك، ولذلك فلا نصف موقف صاحب محل اصلاح السيارت بالدفع بعدم التنفيذ ولكن بممارسة الحق فى الحبس.

---

(١) La cour de cass ch. com. 23 juiu 1964 (D. 1965. 79, une not de M. le diyen Rodiere).

(٢) انظر فى عرض وجهة نظرا بخصوص مجال أعمال الحق فى الحبس فى هذا البحث، بند ٥٦ ومابعده.

- تحديد الديون المضمونة في حالة وجود عمليات متعاقبة:

Détermination des créances garaniles en cas d'opérations l l successives

أن المسألة تكون كاملة بمعرفة حقوق الدين التى تغطيها هذه الكفالة، أن تسليم الشئ ليس مرتبطا بشكل جلى الا بآخر عملية تمت، هل ذلك يعنى أن رفض التسليم لايمكن أن يتفق الا مع آخر الديون المنشأة؟

أن حلا مقيدا على هذا النحو لايفرض الا اذا تواجدت علاقة سببية بين التسليم والدين الذى لم يتم سداده وذلك كما نعرف لاينطبق فى رأينا على الحالة [١]. ان تجديد الديون التى يتعين كفالتها يجب بحثها على ضوء القواعد العامة للحق فى الحبس.

أنه ليس فى امكان دائن حبس أحد أموال مدينه الا اذا وجد بين حيازة هذا المال والدين المطلوب بعض الارتباط، عندما يكون لدين المحتبس أصلا تعاقديا وهذا الارتباط يكون ذات طبيعة قانونية أو معنوية: يستفيد من الحق فى الحبس الشخص الذى تسلم الشئ «بمناسبة علاقة الحق التى جعلت منه دائنا»[٢].

«à l' occasion du rapport de droit qui l'a rendu créancier»

وجود ارتباط من هذا النوع هو الذى ينبغى البحث عنه عندما تنجم الالتزامات المشار اليها - كما هو الحال فى قرار ٢٣ يونية ١٩٦٤م - عن عقود تتعلق بأداء خدمات (مقاولة وتوكيل...). الا أنه يتعين أن يكون وجود هذا الارتباط متعلقا بمفهوم واسع النطاق بعض الشئ لفقرة من «علاقة الحق». «rapport de droit»

---

(١) انظر فى هذا البحث وجهة نظرنا بند ٩٠.

(٢) H, L. et J. Mozeaud, op. cit. nu 155

واذا نزعنا الى رؤية تحليلية للعلاقات القانونية لن نقر الربط الا بين العملية الأخيرة وتسليم الشئ، وعلى العكس اذا أخترنا فكرة مركبة للعلاقات بين عميل ومورد سنقبل بيسر أكثر أن تنشأ الحيازة «بمناسبة علاقة الحق» «à l' occasion du rapport de droit» الذى جعل الحائز دائنا.

ولقد عرضت وجهتا النظر - أى ربط الحق فى الحبس بالعملية الأخيرة أو بجملة الدين - على القضاء الفرنسى فذهبت بعض دوائره الى الربط بين جنملة الدين وتسليم الشئ ووجهة النظر هذه قد وسعت من نطاق الحق فى الحبس. الا أن القرار الذى أصدرته الغرفة التجارية الفرنسية يصدق على العكس أى على اقصاء العمليات المتعاقبة التى تمت بين نفس الأطراف، ويقصر فعالية الحق فى الحبس على العملية الأخيرة فيها.

- وفى الحقيقة ان اعتماد الحبس بالنسبة لمجموع الديون يجب اعتباره على أنه تأسيس قانونا لحظة تكوين هذه الديون فى كل واحد كثمرة مشتركة للعلاقات التعاقدية من نفس النوع بين نفس الأطراف. وفى الواقع طالما تكون مع الحق فى الحبس خارج نطاق السبب ليس من الضرورى وجود ترابط بين التزام التسليم والدين الخاص بالطرف الآخر. ولكن لأننا لازلنا هنا فى المجال التعاقدى بالنسبة لهذه المسألة يجب تقييم مضمون اتفاق الأطراف، والبحث عما اذا كان هذا الاتفاق يشتمل - ربما كل ضمنى - على ضم لهذه الديون المتعاقبة وعدم تقسيم دين المحتبس، وحتى اذا كانت الحيازة لم تتسبب مباشرة الا بآخر عملية يجوز ألا تكون قد نشأت «بسبب وجود علاقات قانونية»

حدثت نتيجة لديون شاملة (مجتمعة) ان هذا القبول الواسع لنطاق الحق فى الحبس سيكون مبررا بصفة خاصة بين أشخاص تربطهم عمليات مكررة من نفس النوع[(١)].

- ثانياً: مدى أحقية الحابس فى الامتياز على الشئ المحبوس[(٢)]:

لا يعطى الحق فى الحبس فى ذاته، وبوصفه وسيلة من وسائل الضمان امتيازاً للحابس فى العين المحبوسة (م ١/٢٤٧ مدنى مصرى) لأن الحق فى الحبس ليس حق عينيا - كما ذكرنا[(٣)].

ولكن هذه القاعدة ليست على اطلاقها لأن من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له أيضا حق امتياز بموجب القانون، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول، وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى مصرى)[(٤)]، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى

---

(١) Nicole - Gatala - Franjou. p. 25 - 26, n 10.

(٢) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٥٢ بند ١١٤- د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٣٣٧ ومابعدها بند ٢٢١ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠٢ ومابعدها بند ٤١٥/٤١٦ د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، بند ١٩٦ ومابعدها بند ١٧٥ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ بند ١٣١.

(٣) انظر فى هذا البحث طبيعة الحق فى الحبس، الفصل الثانى بند (١٠) ومابعده.

(٤) نصت المادة ١١٤٠ مدنى مصرى على أنه:

« ١) المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها امتياز عليه كله.

٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب لترتيب العكس لتواريخ صرفها».

تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى اعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى مصرى).

- وطالما أن الحق فى الحبس لايرتب حق امتياز على الشئ المحبوس فانه لايترتب عليه نتيجتى هذا الحق وهما:

- (أ) **حق التقدم** فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشئ لاستيفاء حقه من ثمنه مقدما على الدائنين الآخرين، وانما له التنفيذ بوصفه دائنا عاديا، بل وليس له اذا باشر اجراءات التنفيذ، أن يرفض تسليم الشئ الى من يرسو عليه المزاد، اذ أن قيامه باجراءات التنفيذ يتضمن استعداده لتسليم الشئ ويقتصر حقه على الدخول فى التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين وفقا لقاعدة قسمة الغرماء.

- ولكن اذا كان الحق فى الحبس لايمنح صاحبه حق امتياز قانونى، فهو يؤدى من الناحية العملية الى امتيازه، فللحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ فى مواجهة الجميع، أى حتى فى مواجهة الراسى عليه المزاد، الى أن يستوفى كل حقه، على ذلك، اذا نفذ الدائنون على المال المحبوس، كان للحابس أن يمتنع عن تسليمه للراسى عليه المزاد الى أن يستوفى حقه، وهذا مايجعله، عملاً، يستوفى مطلوبه مقدما عليهم، فالحق فى الحبس، وان لم يمنح صاحبه حق امتياز قانونى ومباشر، الا أنه يؤدى الى تقدمه على باقى الدائنين عملا وبطريق غير مباشر(١).

---

(١) انظر اوبرى ورو، المرجع السابق، ج٣ فقرة ٢٥٦ مكرر ص ١٦٤ د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٥٢ ومابعدها بند ١١٤ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ بند ١٣١.

(ب) حق التتبع:

ومعنى أن الحابس ليس له حق التتبع أى أنه لايمكنه التنفيذ على المال المثقل بحق عينى تبعى ضد كل شخص تلقى ملكية هذا المال. فلا نزاع فى أن الحق فى الحبس لايخول حق التتبع بهذا المعنى[1].

فالحابس ليس له حق التتبع، فان الحبس يزول بانتقال العين الى الغير، ولايمكن للحابس استرداد العين الا فى حالة واحدة وهى حالة خروجها من يده خفية أو بدون رضاه - كما سنرى فيما بعد.

- فان تصرف المدين فى العين حال وجودها فى يد الحابس، أمتنع على هذا الأخير التنفيذ عليها لخروجها عن ملكية المدين، لأنه ليس له حق التتبع عليها وكل ماله هو أن يمتنع عن تسليمها الى المتصرف اليه حتى يستوفى حقه.
- وأرى أن النص الذى جاء فى المادة ١/٢٤٧ وهو «مجرد الحق فى حبس الشئ لايثبت حق امتياز عليه» انما هو تزيد ولا حاجة اليه فى القانون الجديد الذى لم ينظر الى الحق فى الحبس على أنه حق عينى كالقانون السابق حتى ينص على هذه المادة، لأن عدم النص عليها لن يجعل للحق فى الحبس حق امتياز على الشئ المحبوس، وخاصة أن الاستثناء لايكون الا بنص، وليس فى عدم اعطاء الحق فى الحبس امتياز على الشئ استثناء لأنه فى الأصل ليس حقا عينيا أى أن

---

(١) انظر بيدان وفواران، بند ٢٨٢ وهما يقولان: «Le créancier rétenteur n'a pas un véritable droit de suite, C'est àa dire la Faculté de saisir sur le tiers détenteur»

الاستثناء هو وجود حق امتياز ولايكون الا بنص[١] حتى تترتب له مميزات الحقوق العينية وهى التتبع والتقدم، فحذف هذه الفقرة لن يغير من الواقع شيئا فى ظل مفهوم طبيعة الحق فى الحبس، على أنه ليس حقا عينيا، علاوة على أن الحق فى الحبس ليس وسيلة من وسائل انقضاء الحقوق بل هو وسيلة ضمان لجبر المدين على الاسراع بالوفاء بالحق، الأمر الذى يفهم منه أن الحق فى الحبس لايتمتع بما تتمتع به وسائل انقضاء الالتزامات بأحكام خاصة فى بعض الأموال.

- **الفوائد القانونية:**

ولكن اذا كان الحق فى الحبس لايثبت حق امتياز للحابس قانونا فهل يحق للحابس الحصول على فوائد قانونية عن أمواله التى يمتنع المدين المطالب ن تنفيذها بمجرد المطالبة مع عدم قيامه بالتنفيذ بما عليه للمدين المطالب بالتسليم؟.

- ان الاصل فى الفوائد القانونية أنها لاتسرى الا اذا أنذر المدين بالوفاء بالدين تطبيقا للقواعد القانونية بصدد التنفيذ بطري التعويض حيث نصت المادة ٢١٨ مدنى على أنه «لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص على غير ذلك». كذلك نصت المادة ٢٢٦ على أنه «اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة

---

(١) قارن: استئناف مصر ١٣ ديسمبر ١٩٣٦م المحاماه ١٧ - ٦٣٨ - ٣٠

De M. Frejavllle : Gours de droit civil rédigé d'aprés la slenotrypie du Cours et avec l' autorisation P. 1.046

فى المسائل المدنية، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر يسرى بها، وهذا كله مالم ينص القانون على غيره».

- المطالبة يترتب عليها فى الأصل سريان الفائدة الا اذا تمسك المطالب بالتنفيذ بوجوب التقابل الزمنى فى التنفيذ المتبادل اذ يسقط بذلك أثر المطالبة من حيث سريان الفائدة بين الفترتين(١)، على أنه ينبغى أن يراعى فى هذا الصدد أن **الفوائد قد تسرى فى بعض الأحوال على من يكون له الحق فى التمسك بالحق فى الحبس** رغم حقه هذا. ويتضح ذلك مما نصت عليه المادة ٤٥٨ مدنى بأنه «لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره».

وبذلك يكون للبائع فى هذه الحالة المطالبة بفوائد الثمن سواء أقامت شروط التمسك بالحق فى الحبس أم لم تقم، وقد جرى القضاء الفرنسى بذلك ويستطيع المشترى التخلص من الالتزام بالفوائد في هذه الحالة بالايداع Consignation اذ ينتفى بذلك انتفاعه بالعين(٢).

---

(١) كسان، المرجع السابق، ص ٦٥٩ ويؤيد ذلك مانص عليه المشرع فى المادة ٢٢٩ مدنى مصرى اذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، فى اطالة امد النزاع فللقاضى ان يخفض الفوائد قانونية كانت او اتفاقية او لايقضى بها اطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر».

(٢) كسان، المرجع السابق، ص ٦٥٩ - ٦٦٠.

- (ثالثاً) الاحتجاج بالحق فى الحبس على الغير:

لاريب أن جدوى التمسك بالحق فى الحبس يتضاءل الى حد كبير حين يقتصر الحق فى الحبس على طرفى الرابطة، وبالتالى فان هذا الحق لايمكن أن يعتبر وسيلة فعالة الا اذا أمكن التمسك به فى مواجهة الغير لأن ذلك يسد الذرائع على الطرف الثانى حتى لايكون فى وسعة التهرب من آثار هذا الحق بالتستر وراء الغير بالالتجاء الى الحوالة أو الى غير ذلك من الطرق[١].

اذن فالأصل نفاذ الحق فى الحبس قبل الغير أى أن للدائن أن يحبس الشئ ليس عن المدين وخلفه العام فحسب، بل أيضا عن خلفه الخاص[٢].

- هذا ويثير سريان الحق فى الحبس فى مواجهة غير المدين الكثير من الخلاف، ويتعين لايضاح هذا الموضوع أن نفرق بين الخلف العام، والدائن العادى من ناحية، وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

- (أ) الاحتجاج بالحق فى الحبس على الخلف العام والدائن العادى[٣]:

- يستطيع الدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المدين الذى يطالب بتسليم الشئ، وعلى دائنيه العاديين وورثته وخلفه العام. اذ ليس للخلف العام أو الدائن العادى – أيا كان تاريخ دينه أى سواء

---

(١) كسان، المرجع السابق، ص ٦٨١.

(٢) بودرى لاكانتينرى، المرجع السابق، نبذة ٢٢٧.

(٣) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١١٣ ص ٢٤٩ – د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٣٣٩ بند ٢٢٣ – د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠٣ بند ٤١١ – د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٩٧ بند ١٧٦.

كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس، أو متقدما على هذا التاريخ(١) سوى حقوق السلف أو المدين، ولكن لايقصد بسريان الحبس فى مواجهة الدائن العادى أن يمنع الدائن من مباشرة اجراءات التنفيذ على الشئ وهو فى يدهو اذ أن الحبس لايجرد المدين من ملكيته، ومادام الشئ مملوكا له فهو جزء من الضمان العام المقرر لدائنيه كافة. بل يقصد به حق الحابس فى الامتناع عن تسليم الشئ للراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه كاملا(٢).

والحق فى الحبس يحتج به كذلك فى مواجهة جماعة الدائنين ممثلين فى (السنديك) فى حالة اشهار افلاس المدين، وتطبيقا لذلك يحق للبائع حبس المبيع ولو لم يحل الأجل بسبب شهر افلاسه أو اعساره (م ٢/٤٥٩ مدنى مصرى) بمعنى أن للبائع حبس المبيع فى مواجهة دائنى تفليسه المشترى(٣).

- (ب) اما بالنسبة الى الخلف الخاص(٤):

فالمقصود به كل من انتقلت اليه ملكية العين المحبوسة، أو تلقى عليها حقا عينيا كرهن أو انتفاع. ومن المعروف أن الحبس لايعطل حق المدين المالك فى التصرف فى العين بالبيع أو بتقرير حق عينى عليها

---

(١) د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٢٩ هامش (١).

(٢) استئناف مختلط ٢ نوفمبر ١٩٢٩، مجموعة بلتان م ٤٢ ص ٥٣ أوبرى ورو ج٣ فقرة ٢٥٦ مكرر ص ١٦٤/١٦٣.

(٣) د/ سليمان مرقس، التأمينات العينية ص ٦٠١ هامش رقم (٢).

(٤) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٤٩ ومابعدها بند ١١٣ - د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص٢٤٠ ومابعدها بند ٢٢٤- والسنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٢٩ ومابعدها بند٦٧٤ - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١٩٧ ومابعدها بند ١٧٦ - د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٤ بند ١٢٩.

رغم وجودها في يد الحابس، ولهذا حتى يكون للحق في الحبس أثر فعال كوسيلة من وسائل الضمان، فان حق الدائن في الحبس يسرى في مواجهة من يكتسب حقا على الشئ المحبوس سواء كان ذلك الحق هو حق ملكية أم حقا عينيا آخر، فللدائن أن يمتنع عن رد الشئ في مواجهة مشتريه، وفي مواجهة مرتهنة، ومن يثبت له حق امتياز عليه، ولا أدل على ذلك من أن المادة ٦٠٥ مدني مصرى تمنح المستأجر الحق في حبس العين المؤجرة، حتى في مواجهة من تنتقل اليه ملكيتها الى أن يستوفى التعويض المقرر له.

- ولكن هل يحق للدائن أن يتمسك بالحق في الحبس في مواجهة جميع من يكتسبون على الشئ حقا عينيا[١]؛

- لقد كانت تلك المسألة، ولا زالت محلا للخلاف في الفقه الفرنسي[٢] حيث انقسم الفقهاء الى آراء مختلفة على الوجه الآتي:

أولاً: ذهب بعض الفقهاء الى القول: بأن الحق في الحبس يقتصر أثره على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين[٣].

ولكن يؤخذ في هذا الرأى أنه يفقد الحق في الحبس قيمته كحق من حقوق الضمان لأن المدين يستطيع أن يهدد كل أثر للحق بمجرد اجراء حق عيني عليه أو بيعه الى الغير.

ثانياً: أما البعض الآخر: فيرى أن الحق في الحبس يسرى في مواجهة الخلف الخاص كالدائن المرتهن، ولو كان الراهن سابقا على

---

(١) نقض بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣٠م، مجموعة احكام النقض س ٢٩ الطعن رقم ٩١٥ ص ٩٣٢

(٢) انظر عرضا للآراء المختلفة في هذا الصدد: بيدان وفوران، ج٣ فقرة ٢٨٥ - د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق ص ٢٤٠ بند ٢٢٤.

(٣) لوران، المرجع السابق، ج ٩٢ بند ٢٩٢.

نشوء الحق فى الحبس وسواء فى ذلك كان الشئ المحبوس منقولا أم عقاراً[١].

وأرى أن الرأى هو الأولى بالأخذ به حيث يكون للدائن الحق بالاحتجاج به على الخلف الخاص سواء نشأ حقه بعد الحق فى الحبس، لأن مالك الشئ لايستطيع أن يتصرف فيه الا بما عليه من حقوق، محل الحق فى الحبس كان مثقلا بالحق فى الحبس فيظل الحبس نافذا فى مواجهة المشترى من له حق عينى (الدائن المرتهن مثلا).

– **أما اذا كان حق الخلف الخاص قد نشأ قبل الحق فى الحبس،** فانه لايمكن القول بأن من سلم الشئ الحابس لم يكن له أن يسلمه اليه الا وهو محمل بحق الخلف الخاص، وذلك لأن الحق فى الحبس لم ينشأ بعقد أو لم يتقرر بارادة المالك، فهو ليس تأمينا أو ضمانا أتفاقيا، وانما هو تأمين قانوني أوجده القانون حيث يخول هذا الحق لمن توافر فى حقه شروط الحق فى الحبس فمتي كان حقه مستحق الاداء، ومع وجود الشئ فى حيازته، ومتى توافر الارتباط أيا كان نوعه سواء القانونى او المادى أمكن له الاحتجاج به على الكافة حتى ولو كان لهم حق على الشئ قبل نشوئه ومن يثبت لهم حق بعد ذلك أيضا.

وقد يقال أن هذا الرأى يخل بالثقة الواجبة فى نظام الائتمان، ولكن يمكن القول بذلك الاعتراض لو أن الحق فى الحبس وسيلة تنفيذ للحقوق أو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات حتي يقال أنه سيخل بنظام الائتمان على اعتبار أن الحابس سوف يستوفى حقه قبل

---

(١) جوسران المرجع السابق، ج٢ بند ١٤٦٩ – بزيدا فى موسوعة داللوز ج ٤ ص ٧٠٩ فقرة ٧ – د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، بند ١٢٩ ص ٢٢٤ ومابعدها، د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص ٦١٣ بند ٤٢٢

من يثبت له حق عيني سابق على حقه، ولكن الحق في الحبس ليس وسيلة من وسائل التنفيذ - كما ذكرنا - بل هو وسيلة من وسائل الضغط على المدين بسداد دينه فقط فهو وسيلة ضمان من هذه الناحية فقط.

- ثالثاً: أما البعض الآخر من الفقهاء:

فقد اختار طريقا وسطا بين الرأيين السابقين حيث فرق بين الحبس المبني على الارتباط المادي أو الموضوعي بسبب انفاق مصروفات على الشئ ذاته، وبين صور الحبس الأخرى[1].

(أ) فاذا كان سبب الحبس انفاق مصروفات على الشئ المحبوس سواء في ذلك أكان الشئ من المنقولات أم من العقارات، كان للحابس أن يحتج بحقه في مواجهة الخلف امل‍خاص سواء ثبت حق هذا الأخير قبل ثبوت الحق في الحبس أم بعده[2]. اذ أن انفاق المصروفات قد أفاد الشئ ذاته وزادت قيمته فأفاد تبعا لذلك كل من يطالب باسترداده، ويسري ذلك سواء كانت العين المحبوسة عقارا أو منقولا حتى لو كان الحابس سيئ النية[3].

فيجوز للدائن الحابس، أن يمتنع عن تسليم العقار المحبوس في مواجهة الدائن المرتهن ولو كان الرهن مقيدا على العقار قبل أن يتسلمه الحابس، واذا كان الحابس قد تسلم الشئ من غير مالكه، فقام بانفاق مصروفات عليه، ثم طالب المالك الحقيقي بسترداده، فان للحباس أن

---

(١) انظر كسان، تعليق في سيري ١٩٢٢ - ٢ - ٢٥ بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٥٨ - د/ السنهوري، نظرية العقد ص ٧٢١ بالهامش والوسيط ص ١٥٢٩ ومابعدها بند ٦٧٤.

(٢) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ بند ٤٥٨.

(٣) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٤٧٨، واسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٩ ومابعدها بند ١١٣ محكمة مصر الكلية ٤ مايو ١٩٣٦م المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥

يحتج عليه بالحبس، اذ أن المالك فى هذه الحالة هو المدين بالمصروفات[١].

(ب) **أما الصور الأخرى من الارتباط سواء الارتباط المعنوى أو المادى فى صورته الثانية والتى يكون فيها الحابس دائنا بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من الشئ:**

فاذا لم يكن المدين مالكا للعين المحبوسة، فطالب المالك باسترداد فلا يجوز للدائن أن يحتج بحقه فى الحبس على المالك، **مثال ذلك:** أن تكون حراسة الشئ الذى تسبب فى الضرر لغير المالك، فيكون الحارس لا المالك هو المسئول عن التعويض ولايجوز للمضرور أن يحبس الشئ الا فى مواجهة الحارس، أما المالك وهو ليس مدينا بشئ فلايحتج عليه بالحبس، **ومثال ذلك أيضاً:** أن يبيع شخص ملك غيره ويقبض الثمن ثم يبطل البيع، فيكون للمشترى الحق فى استرداد الثمن من البائع، وله أن يحبس المبيع عنه الى أن يستوفى حقه، والحبس فى هذه الحالة مبنى على الارتباط القانونى أى المعنوى[٢]، ولكن ليس للمشترى اذا ماطالبه المالك الحقيقى برد الشئ أن يمتنع عن التسليم متحجا بحقه فى الحبس اذ لا شأن للمالك الحقيقى بالعلاقة التى تربط المشترى بالبائع[٣].

أما بالنسبة للخلف الخاص، فيفرقون بين ما اذا تعلق حقه بعقار أو منقول وكلاهما محل الحق فى الحبس[٤] :

---

(١) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٩ ومابعدها بند ١١٣ - د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤١ هامش (١).

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٠٠ بند ١١٣.

(٣) محكمة مصر الابتدائية الوطنية ٤ مايو ١٩٣٦م، المحاماة س ١٧ ص ٦٧٥ رقم ٣٢٢.

(٤) قارن د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٥٠ بند ١١٣.

أولاً: بالنسبة للعقار: يفرق أصحاب هذا الرأى بين ما اذا كان الخلف الخاص قد ثبت حقه قبل نشوء حق الحائز فى الحبس أم بعد نشوء الحق فى الحبس:

فاذا كان الغير كالمشترى أو الدائن المرتهن قد قام بتسجيل عقده أو بقيد رهنه قبل ثبوت الحق فى الحبس، امتنع على الحائز حبس العين فى مواجهتها[1].

- أما اذا كان الغير قد شهر حقه بعد ثبوت حق الحائز فى حبس العين، فان أثر الحبس ينصرف اليهم[2]، لأنه ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، لأن فى القول بقصر الاحتجاج بالحبس على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين دون الخلف الخاص ماييسر على المدين حرمان الحائز من حقه فى الحبس، اذ يكفى أن يتصرف فى العين بالبيع أو بالرهن أو بتقرير حق عينى آخر عليها حتى يسلب الحائز حقه فى الحبس[3]، علاوة على أن فى وجود الشئ فى يد الدائن اعلانا كافيا فلا يقبل من الغير أن يدعى جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس، والمدين.

---

(١) انظر حكم محكمة النقض فى ٣٠ مارس ١٩٧٨م، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ .

(٢) ولايشترط فى احتجاج الدائن على الغير بحقه فى حبس مال مدين أن يكون حق الحبس أو السند المنشئ له مسجلا، (د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٦٠٨بند ٤١٩). وأنظر عكس ذلك: محكمة الاسندرية الابتدائية الوطنية ٢٩ يناير ١٩٣٠م، المجموعة ٣١ - ٢٠٤ - ١٤، استئناف مصر ١٣ ديسمبر ١٩٣٦م المحاماة ١٧ - ٦٣٨ - ٢٠٨ وقد جاء فى هذا الحكم الأخير «أن حق الحبس الذى يكون للمقاول بالنسبة الى ماصرفه على العمارة لايقتضى حق التتبع ولايمكن الاحتجاج به قبل الغير الا اذا كان ناشئا عن امتياز قانونى بالعقار مسجلا تسجيلا صحيحا».

(٣) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق ج٦ بند ٤٥٨.

- **وقد استند أنصار التفرقة السابقة:** - القائلين بأن الاحتجاج بالحبس على الخلف الخاص يتوقف على تاريخ التسجيل أو القيد اذا كانت العين المحبوسة عقاراً [١] - **فى تأييد رأيهم الى حجتين:**

الأولى: أن المدين لايستطيع أن ينقل حيازة الشئ محل الحبس الى الدائن الحابس الا بالحالة التى كان عليها وهو فى حيازته، فيظل فى يد الحابس وهو محملا بالأعباء الى كانت عليه وهو فى يد المدين[٢].

والثانية: أن حق الحبس الناتج عن الرهن الحيازى لايسرى فى مواجهة الغير الذين ترتبت لهم حقوق على الشئ، اذا كانت تلك الحقوق قد تم حفظها وفقا للقانون قبل سريان الرهن الحيازى فى مواجهتهم (م ١/١١١٠)[٣]، لأنه لايصح أن يكون الحق فى الحبس الذى يكتب للدائن العادى أقوى من الحق فى الحبس الذى

---

(١) بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق ج٦ بند ٤٥٨، وبيدان ونوران ج١٣ فقرة ٢٨٧ وهو يعمم هذا الحكم دون تفرقة بين صور الحبس - كولان وكابيتان، المرجع السابق، ج٢ فقرة ١٤٧٥ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٢٩ ومابعدها بند ٦٧٤، ونظرية العقد فقرة ٦٧٧ - قارن. جوسران، المرجع السابق، ج٢ فقرة ١٤٦٩، د/ سليمان مرقس، فى التأمينات العينية فقرة ٤١٨ - ٤٢٢ ويذهب الى ان الحق فى الحبس يحتج به على الغير اللاحقا ولايستثنى الا حالة ما اذا كان الحبس متفرعا من رهن حيازى والقيد لعقار وبيع العقار جبرا، فحينئذ لايحتج بالحق فى الحبس على الراسى عليه المزاد.

(٢) Colin et Capitant: Cours elementaire de droit civil francais T. 11 No: 1047.

(٣) نصت المادة ١/١١١٠ مدنى مصرى على انه «يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى الحبس الشئ المرهون عن الناس كافة، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون».

يثبت للمرتهن حيازيا[1]، لاسيما أن حق الاول فى الحبس ليس حقا عينيا بينما حق الثانى حق عينى.

وعلى ذلك فليس للمرتهن حيازيا للعقار. مثلا أن يحبس العقار المرهون فى مواجهة من ارتهنه رها رسميا مقيدا قبل قيد الرهن الحيازى.

- الرد على اسانيد الرأى السابق:

(أ) بالنسبة للحجة الأولى:

يمكن القول بأن الحابس لايكتسب حقا على الشئ المحبوس حتى يمكن أن يقال أنه لايجوز أن يكون له عليه من الحقوق أكثر مما كان للمدين، وفضلاً عن ذلك فان الحابس لايتلقى حقه فى الحبس من المدين حتى يمك أن يقال أنه لايكون له من الحقوق أكثر منه، اذ هو يتلقى حقه مباشرة من القانون، فهو لايعتبر فى حقه هذا خلفا للمدين[2].

(ب) أما بالنسبة للحجة الثانية:

فيمكن القول بأن حق الحبس الذى يثبت للمرتهن حيازيا ماهو الا نتيجة للرهن الحيازى، وأثر مترتب عليه، فيجب لسريانه فى مواجهة الغير أن يكون الرهن معتبرا فى مواجهتهم، ولايكون الرهن ساريا فى مواجهة من اكتسب على الشئ حقا وسبق له حفظه، وفقا للقانون والأمر بخلاف ذلك فى الحق الذى يثبت للدائن العادى، اذ هو يثبت له مستقلاً، أى دون أن يكون نتيجة وأثرا لحق آخر.

---

(١) Baudry - Lacantinerie et de loynes' de narissement de privilég- es et hypothéques, T 1 No. 249.

(٢) josserand: Cours de d roit civil positif francais. T. 11 No. 1469.

د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٦ ومابعدها بند ١٢٩.

- هـذا وفـى مـعـرض الـرد علـى حـجج الرأى الـسـابق ذهب أنصار هـذا الرأى الى تـأيـيـد رأيهم الـقـائل بسـريان الحق فى الحـبس فى مـواجهـة الغـير اطـلاقـا ولو كـسـبـوا حـقـوقـا شـهـروها قـبل الحـبس بحجتين[1]:

(أ) ان حكم المادة ٢٤٦ مدنى مصرى تقرر الحق فى الحبس بصفة عـامـة لمن توافر فى حقـه شروط الحـق فى الحبس[2]، وخاصـة عندمـا لايعرض المدين الوفـاء بالتـزامه أو يقـوم تـأمـينا كـافـيـا لضـمـان الوفـاء به، فـتطبـيق هـذا النص يمنح للـدائن الحـق فى حبس الشئ حتى يستوفى ماله قبل المدين، دون اعتـبار لمن يضار بهذا الحق.

ونضيف الى تلك الحجة: أن نص المادة ٢٤٦ مدنى مصرى نص عـام يعطى الحق فى الحـبس لمن توافـرت شـروط الحق فى الحـبس فى حقه، والعام لايقيده الا نص خاص يقول بالتفرقة التى قال بها أصحاب الرأى السابق، حيث يرون أن الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة الخلف الخاص يتوقف على تاريخ التسجيل أو القيد لحقه اذا كانت العين عقاراً، ولايوجد هذا النص اذن فلا تقييد بلا مقيد من نص خاص وعلى ذلك تكون هذه التفرقة لاسند لها من القانون وبالتالى يسرى الحق فى الحبس فى مواجهة الغير بصورة مطلقة.

---

(١) راجع د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٧ ومـابعدها فى عرض هاتين الحجتين.

(٢) انظر في هذا البحث، شروط الحق فى الحبس، الفصل الثالث بند ٣٠ ومابعده.

(ب) طبق المشرع ذلك القول وهو حق الحابس فى الاحتجاج بحقه فى حبس الشئ فى مواجهة الغير الذين كسبوا حقا على هذا الشئ، كما يحتج به على المدين نفسه وعلى خلفه العام ومن فى حكمهم من الدائنين فى المادة ٦٠٥ مدنى مصرى التى تخول للمستأجر حق حبس العين المؤجرة عمن انتقلت اليه ملكيتها اذا كانت الاجارة لاتنفذ فى حق الأخير بسبب عدم ثبوت تاريخها قبل انتقال الملكية اليه، وذلك الى أن يستوفى المستأجر حقه فى التعويض عن باقى مدة الاجارة، بالرغم من أن حق المالك الجديد على لعين المؤجرة سابق فى وجوده على حق المستأجر فى الحبس اذ هو الحق الأخير لايثبت بسبب الايجار الذى لايكون نافذا فى مواجهة المالك الجديد، وانما يثبت بسبب التعويض الذى يحق للمستأجر وهو لايحق للمستأجر الا بعد انتهاء الايجار بسبب انتقال الملكية(1).

وطبقاً لذلك ذهبوا الى القول بسريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير بصفة مطلقة دون تفرقة مابين العقار أو المنقول المحبوس. بعكس صحاب الرأى الأخير الذين فرقوا كما ذكرنا فى الحكم بين العقار والمنقول.

ثانياً: أما بالنسبة للمنقول المثقل بحق امتياز: اذا كان محلا للحق فى الحبس وكان الحائز حسن النية أى لا علم له بالحقوق التى اكتسبها الغير على الشئ فان حقه فى حبسها يسرى فى مواجهة الغير، ولو كان حق الغير ثابت قبل ثبوت الحق

---

(1) د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٢٨ بند ١٢٩ وانظر أيضا د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠٠ بند ٤١٨.

فـى الحـبس، وذلك عملا بالمادة ١١٣٣ فـقـرة أولى والتى تنص على أنـه «لايحـتج بحـق الامـتياز علـى من حاز المنقـول بحسن نية»(١).

أما اذا كـان الدائن الحابس للمنقول المثقل بحق الامتياز يعلم بهذا الحق الذى هو سابق على الحق فى الحبس فيكون، الامتياز نافذا في حق الحـابس، كمـا ينفذ فى حق حـابس العـقـار حق المرتهن رهنا رسـمـيـا، ومـعنى ذلك أنه يحق للدائن المـمـتـاز أن ينفـذ على المنقـول المحبوس وأن يستوفى حقه من ثمنه قبل الدائن الحابس، وعلى الحابس أن يقوم بتسليم المنقول الى الراسى عليه المزاد(٢).

- واخيراً هناك مشكلة حقيقية لحجية الحق فى الحبس على الغير وهى التى تكون عندما يكون المالك المطالب ليس هو الحائز:

Baudry - :acantinerie et de loynes : de nantissemement des (١) privléges et hypothéques T 1 : No. 9249.

اوبرى ورو، المرجع السابق، ج ٣ رقم ٢٥٦ مكرر ص ١٦٣.

د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٣٠/١٥٣١ بند ٦٧٤.

قارن: د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٥٠ بند ١١٣ حيث يرى ان الاحتجاج بالحبس على الخلف الخاص يتوقف على تاريخ التسجيل أو القيد اذا كانت العين المحبوسة عقارا أو على تاريخ انعقاد التصرف اذا كانت العين منقولا، وهو فى ذلك لايجيز للحابس حسن النية أن يستند الى الحيازة للمنقول لكى يتمسك بالحق فى الحبس على من ترتبت لهم حقوق عينية قبل نشوء الحق فى الحبس.

(٢) قارن د/ سليمان مرقس حيث يرى أنه يحق للدائن الحابس للمنقول المثقل بحق الامتياز بالرغم من سوء نية أن يمتنع عن تسلم المنقول المحبوس الى الراسى عليه المزاد الى أن يستوفى حقه، ويرى أن المسألة لاتختلف فى هذا الوضع عما لو كان المحل المحبوس عقارا محملا برهن رسمى سابق على نشوء الحق فى الحبس (انظر د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص ٦٠٩/٦١٠ بند ٤١٩).

والمسألة تتمثل فى قيام الحارس الذى عينته العدالة على منقول وقام بانفاق مبالغ عليه بصدد المحافظة عليه، وكان المنقول موضوع نزاع بين خصمين، وقضت المحكمة لأحدهما بملكية المنقول، وتحمل الآخر النفقات التى تكبدها الحارس، وكان الأول قد طالب برد ماله فى حين رفض الآخر سداد الدين الذى يقع على عاتقه[١]. فهل يحق للحارس لكى يضمن الحصول على دينة أن يرفض التنازل عن المنقولات للمالك الذى لم يكن مع ذلك حائزها على الاطلاق، وليس ملزما بسداد نفقات الحارس؟

ان المشكلة نادرا ماتعرض لها الفقه فى دراسته النظرية، وندرت الحالات التى مثلت بشكل عملى أمام المحاكم. ولقد أعلن الفقيه دريدا (Derrida) رأيه فى المسألة بوضوح لصالح حجية الحبس الخاصة بالمالك، فى الوقت الذى لايكون فيه هذا المالك حائزاً شخصيا للدين[٢].

الا أن هذا التحفظ الفقهى قطعة رأى أصدره العميد رودبير(Rodiére) فى محكمة النقض، ووافقت عليه المحكمة والخاص بقبول معارضة المالك غير لحائز الحابس، حيث أكدت الدائرة الاولى

---

(١) sur ll probiéme de l, opposabilité et la jurisprudence qu,l a suscité, v. notamenent le juris - classeur civl, civl, civil, lac. cit. et le commentaire de M.P. van ommeslaghe sous: cour d, appel de Gand 4 mai 1961, Rev. crit, de jurisprudendence belge, 1963, p. 61 et. s.

(٢) Derrida, Encyl. Dalloz. V. Droit de rétention, n. 81.

المدنية وجود حق حبس لصالح الحارس يمكن لمالك المنقول معارضته(١).

ولكن نرى **أن الراجح فى هذه المسألة هو الأخذ** بحجية الحق فى الحبس بصورة مطلقة، لأن هذه الحجية تنبع من طبيعته نفسها، وأن المبدأ يكمن فى المهلة التى يمنحها لسداد دين مستحق الأداء من الناحية النظرية. ان الالتزام نفسه هو الذى طرأ عليه تعديل بفعل القانون ورغبة الحائز، وان هذا التعديل الغير تقليدى قد يؤثر بعض الشئ على الدين فى حد ذاته ويمنأى عن المستفيد منه، انه قد يبطئ فقط استحقاق أداء الدين أيا كان الذى يطب السداد، ولا أهمية للدائن. وحق الدين وحده هو الذى يتعين أن يوضع فى الاعتبار والذى يحدد المحتبس من جانب واحد أجله.

علاوة على أن هناك أعتبارات أخرى مختلفة يمكن أن تدعم وجهة نظرنا وهى أن رفض التسليم حتى بالنسبة للمالك الغير حائز يتبرر من لارتباط الذى يربط حق الدين المطلوب سداده بالشئ ولاشك أنه يجوز أن يوجد بين حق الدين وحيازة الشئ، الا أن الارتباط القانونى كما يبدو لنا يتلاءم بشكل أقل كثيراً عن الارتباط المادى لفرض مطالبة الغير حائز للشئ.

وفضلا عن ذلك فان عمليات الغش قد تدعو الى الخوف لو لم تكن حجية الحق فى الحبس مطلقة، اذ يستطيع المدين أن يهدر كل أثر للحق بمجرد اجراء حق عينى أو بميعه الى الغير.

---

(١) Cass. Civ. 1 22 mai 1962, Bull. 1962, I,P. 231, n. 258' D. 1965, 58, et la note de M. le doyan Rodiére, qui fait entiére-mentle point sur ce probléme.

الفرع الثاني
واجبات الحابس[1]

- نصت المادة ٢٤٧ مدنى مصرى في الفقرة الثانية والثالثة بصدد تحديد واجبات الحابس على أنه:

٢) وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته.

٣) واذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١٩، وينتقل الحق فى الحبس من الشئ الى ثمنه»

ومن النص السابق نجد أن الحابس يقع عليه واجبان بصدد العين المحبوسة هما:

(أ) المحافظة على لعين المحبوسة.

(ب) تقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس.

ويمكن أن يضاف اليهما وجب ثالث وهو: **الالتزام برد الشئ المحبوس عند انقضاء الحق فى الحبس. ونتناول هذه الوجبات على الوجه الآتى:**

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، د/ انور سلطان، د/ جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤٢ ومابعدها بند ٢٢٥ ومابعدها - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠١ بند ٤١٣- د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٣٢ ومابعدها بند ٦٧٥- د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ ومابعدها بند ٣٣٢ - د/عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ٢٠١ ومابعدها بند ١٧٩ د/ طلبة وهبه خطاب، المرجع السابق، بند ٤٢٨ - د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق، ص ١٤٢ ومابعدها بند ١٨٥.

(أ) المحافظة على العين المحبوسة

يلتزم الحابس طبقا لنص المادة ٢/٢٤٧ مدنى بالمحافظة على الشئ المحبوس وفقا لأحكام رهن الحيازة، وقد نصت المادة ١١٠٣ مدني مصرى على أحكام رهن الحيازة بقولها: «اذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية مايبذله الشخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشئ أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع بسبب أجنبى لايد له فيه»[1].

ووفقاً للنص السابق نجد أن الالتزام الذى يقع على الحابس فى المحافظة عليه هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة[2]، والمعيار

---

(١) قضت محكمة النقض في جلسة ١٩٥٥/١٢/١٨م مجموعة المكتب الفنى س ٩ ص ١٥٤٥ بأنه «وان كان القانون المدنى القديم لم يورد نصا عن واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشئ المحبوس تحت يده الا انه يجب على الحابس ان يبذل فى فظة من العناية مايبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولاً عن هلاكه أو تلفه الا اذا كان ذلك بسبب قهرى قياساً على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة.. لاتحاد العلة فى الحالتين وهو ماصرح به القانون الجديد فى المادة ٢/٢٤٧ من التزام الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة فى المادة ١١٠٣، والتى تقضى بالزام المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشئ المرهون مايبذله الرجل المعتاد وانه مسئول عن هلاكه أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايد له فيه، ويكون القانون المدنى الجديد اذا اورد نص المادة ٢٤٧ انما قنن فى خصوص التزامات الحابس احكام القانون المدنى القديم ولم يستحدث جديداً. واذن فمتى كانت البضائع المحبوسة لدى مصلحة الجمارك حتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقت بانها تكون مسئولة عن فقدها ولم تثبت ان الفقد كان بسبب قهرى».

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٦/١٢/١٥م، مجموعة المكتب الفنى س ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦م بأن «استعمال الناقل حقه فى حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له لايعفيه من واجب المحافظة عليها فى فترة احتباسها، وهو يلتزم ببذل عناية الرجل العادى فى المحافظة عليها ويكون مسئولا عن هلاكها أو تلفها مالم يرجع ذلك الى سبب أجنبى لايد له فيه».

فى ذلك معيار موضوعى لاذاتى أى ينظر فيه الى عناية الشخص العادى، وليس الى مقدار مايبذله الشخص فى المحافظة على أمواله، ورعاية شئون نفسه اذ أنه مطالب هنا بأن يبذل فى المحافظة على الشئ المحبوس عناية الرجل المعتاد، ولو كان فى شئونه الخاصة شديد العناية أو مفرط فى الاهمال(١).

ويقتضى الالتزام بحفظ الشئ المحبوس قياسا على التزامات الدائن المرتهن فى حفظ الشئ المرهون أن يقوم الحابس بجميع الاعمال اللازمة لكى يظل هذا الشئ بالحالة التى تسلمه عليها وفى سبيل ذلك يجب على الحابس أن يقوم بالأعمال الكفيلة مثلا بمنع التلف أو الهلاك عن الشئ المرهون، وكذلك الاعمال اللازمة للمحافظة على حقوق المين الراهن وهذه الأعمال التى يقوم بها الحابس للمحافظة على الشئ المحبوس تختلف باختلاف الظروف فاذا كان المحبوس حيوانا قدم له العلف اللازم، واذا كان المحبوس منزلا، وجب عليه الاصلاح مما يلحقه من تلف، واذا كان الشئ المحبوس أوضا التزم بحرثها ونزع الحشائش الضارة وصرف المياه الزائدة عن حاجتها، ويدخل ضمن أعمال الحفظ والصيانة أن يقوم الحابس بدفع مايستحق على الشئ المحبوس من ضرائب وتكاليف.

واذا كان الشئ المحبوس دينا كان الحابس ملزما بالمحافظة على الدين وقضت بذلك المادة ٢/١١٢٦ على أنه «ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون، فاذا كان له أن يقتضى شيئا من هذا

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١٢/١٨م، مجموعة المكتب الفنى س ٦ ص ١٥٤٥ سبق الاشارة اليه د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٧ بند ١١٢ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠١ بند ٤١٣ - د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٣٢ بند ٦٧٥ - د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ٢٠١ بند ١٧٩.

الدين دون تدخل من الراهن، إن عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر باخطار الراهن بذلك».

وبناء على النص المذكور فيقع على الحابس التزام في سبيل المحافظة على الدين محل الحبس بأن يقطع التقادم السارى ضد هذا الدين، وبتجديد قيود التأمينات التى تضمن هذا الحق.

ويقع على الحابس التزام اخطار المدين اذا كان الشئ المحبوس مهددا بخطر شديد يؤدى الى هلاكه أو تلفه أو نقص قيمته حتى يتمكن من دفع هذا الخطر[1] وسنتناول ذلك بالتفصيل فيما بعد.

- وتثور بهذه المناسبة على كل حال مسألة هلاك العين محل الحبس فعلى أى الطرفين تكون تبعة الهلاك؟

أشارت الى ذلك المادة ٣-١١٠ مدنى مصرى أنه اذا هلك الشئ فى يد الدائن الحابس كان مسئولاً عن الهلاك «مالم يثبت أن ذلك يرجع الى سبب أجنبى»، ويتحمل الطرف الآخر تبعة الهلاك بسبب أجنبى ولو كان الأصل أن التبعة على من فى يده الشئ بوصفه مدينا بتسليمه وقد أتى المشرع بتطبيق تلك القاعدة فى البيع فنص فى المادة ٤٦٠ مدنى مصرى على أنه «اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى مالم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع».

فالاصل أن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك اذا هلك الشئ بسبب فعل تسليمه للمشترى (م ٤٣٧ مدنى)، ولكن اذا كان المشترى لم يدفع الثمن، فحبس البائع المبيع عنه لتقصير المشترى وكان هلاكه بسبب أجنبى يقع على عاتق المشترى ويظل مدينا بالثمن[2].

---

(١) مذكرة المشروع المهيدى، مجموعة الاعمال ا لتحضيرية ج٧ ص ٢١١/٢١٠.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٨ بند ١١٢ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠١ بند ٤١٣- د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، بند ١٣٢ ص ٢٣٠ ..

- وعلى ذلك فاذا قصر الحابس عن بذل عناية الرجل العادى اعتبر هذا خطأ منه وتتحقق مسئوليته التقصيرية، وأصبح ملتزما بالتعويض، ولا تنتفى مسئوليته التقصيرية الا اذا أثبت أنه بذل فى المحافظة على العين المحبوسة عناية الرجل المعتاد أو أن العيب يرجع الى سبب أجنبى لايد له فيه، فهنا تبرئ ذمته من المسئولية حتى لو تعيبت العين المحبوسة فى يده وثبت أن الحابس يبذل فى المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية فى المحافظة على العي المحبوسة لما تعيبت، أو قلت من عنايته الشخصية بحفظ ماله.

وعبء الاثبات يقع على عاتق المالك، وهو الدائن فى هذا الالتزام أن يثبت أن العين قد تعيبت، فاذا ماأثبت ذلك، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشئ، فاذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة، فعلية أن يثبت أنه بذل فى المحافظة على الشئ عناية الرجل المعتاد، أو أن التعييب يرجع الى سبب أجنبى لايد له فيه[1].

- ويرى كسان أن هلاك العين وهى فى حيازة الحابس نتيجة حادث جبرى أو قوة قاهرة لايمكن أن يتحمله الحابس للعين مالم يكن قد أعذر على أن فى وسع الحابس أن يمحو أثر الاعذار متى تمسك بأن الاعذار لم يكن مصحوبا بعرض التنفيذ المقارن ضمنا أو صراحة[2].

---

(١) د/ السنهورى، الوسيط ج١ الطبعة الثالثة المجلد الأول فقرة ٤٢٩ ص ٨٩٨ «عبء الاثبات».

(٢) كسان، المرجع السابق ص ٦٥٧.

- ولكن ماهو الأساس الذى استند اليه الفقه في تحميل الحابس تبعة التعويض عن الأضرار الذى يحدثها الشئ محلس الحبس؟

لقد تعددت الآراء في أساس مسئولية الحابس باعتباره حارس للاشياء فذهب فريق من الفقه الى تأسيس مسئولية الحابس باعتباره «حارس للأشياء على الخطأ الشخصى للحارس»[(١)].

وقد تعرضت نظرية الخطأ لانتقادات عديدة من أهم هذه الانتقادات التى وجهت اليها هى أنه كيف يمكن القول بأن مسئولية الحارس تقوم على الخطأ المفترض ثم لايمكنه أن يدفع مسئوليته باثبات انعدام الخطأ[(٢)].

وقال البعض الآخر أمام الانتقادات التى وجهت الى نظرية الخطأ المفترض بأن مسئولية الحارس هنا تقوم على نظرية الخطأ فى الحراسة[(٣)]، وقال آخرون: أنها تقوم على أساس نظرية المخاطر التى تبنى على أن المخاطر تقابل المنفعة أى الغرم بالغنم[(٤)].

---

(١) كولان وكابيتان، المرجع السابق، ج٢ فقرة ٣٦٧ مكرر ص ٢٦٥ ومابعدها - بودرى لاكانتينرى، المرجع السابق، ج٦ فقرة ٢٩٤١. بلانيول مقال فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٠٦م بعنوان «المسئولية عن فعل الأشياء» ص ٨٠ ومابعدها.

(٢) راجع فى نقد هذه النظرية د. محمود الخيال، فى رسالته «العلاقة بين مسئولية المتبوع، ومسئولية حارس الأشياء غير الحية» ص ١٧٩ ومابعدها.

(٣) هنرى مازو، مقال بالمجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٥م بعنوان «الخطأ فى الحراسة» ص ٧٩٣ الى ص ٨٥٥.

(٤) جوسران josserand ، المسئولية عن الأشياء غير الحية سنة ١٨٩٧ ص ١٢٤ ومابعدها سالى Sollelles فى المسئولية وحوادث العمل» ١٨٩٧ ص ٢٥ ومابعدها ويلاحظ أنه لم يكتف بادخال نظرية المخاطر فى مجال المسئولية عن الأشياء فقط، بل حاول جعلها أساس المسئولية المدنية بصفة عامة أى فى كل صورها.

وقد تعرضت النظريات السابقة الى انتقادات عديدة[1]. ولهذا ذهب ستارك فى رسالته الى اقتراح نظرية الضمان كأساس للمسئولية المدنية بصفة عامة .حيث ذهب الاستاذ ستارك الى أن فى حالات معينة يستحق الحق فى ضمان السلامة أن تكون له الحماية المطلقة ومن هذه الحالات التى حددها المسئولية عن الأشياء على أساس أن الأمر يتعلق بتعويض أضرار مادية وجسدية بمقابلتها بالأضرار الأدبية التى يجب أن يكون الخطأ ثابتا لتعويضها وفى ذلك ذهب ستارك الى أن م ١/١٣٨٤ مدنى فرنسي يجب الا يستند اليها فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى، فهذا الضرر لايمكن أن يحدث بفعل الشئ[2].

- ويتفرع عن التزام الحابس بالمحافظة على الشئ واجب آخر نصت عليه المادة ٣/٢٤٧ مدنى مصرى بقولها «اذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على اذن فى بيعه

---

(١) Stark: Essaid une Théorie générale de al responsabilité civile considérée dans sa diuble Fonction de garantie et de peine privee 1947.

راجع مؤلفه فى الالتزامات «المسئولية التقصيرية» الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥م فقرة ٥٧ ومابعدها ص ٣٤ ومابعدها.

(٢) وقد تعرضت نظرية الضمان كأسس لمسئولية الحارس الى انتقادات من جانب الفقه حيث ذهبوا بأن هذه النظرية ليس لها مقابل فى القانون الوضعى، فلا يوجد تمييز بين الضرر المادى والضرر الأدبى، كما أن المادة ١/١٣٨٤ مدنى فرنسي والمقابلة للمادة ١٧٨ مدنى مصرى تطبق مع كل الأضرار المادية والأدبية كما ان هذه النظرية تؤدى الى افراغ فكرة الحارس من مضمونها، فالحارس وكما عرفه الفقه والقضاء: هو من له السلطة الفعلية والمستقلة على الشئ فى حين أنه طبقاً لنظرية الضمان فالحارس هو من يقع عليه التزام بعدم الاضرار بالغير – د. محمود الخيال، المرجع السابق، ص ١٩٩ ومابعدها.

وفقا للاحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩، وينتقل الحق في الحبس من الشئ الى ثمنه».

ورأى أن النص السابق معيب من حيث الصياغة لأنه يشعر بعبارته أن بيع الشئ المحبوس الذي يخشى عليه الهلاك أو التلف بعد استئذان القاضي أمر جوازي للحابس، في حين أنه أمر واجب في نظرنا تمليه اعتبارات العدالة وحسن النية من جانب الحابس بل ويقتضيه واجب المحافظة على الشئ حيث يستلزم منه بذل عناية الرجل العادي وبالتالي يدخل في نطاق واجباته وفقا للمعيار العادي واجب الاسراع في بيع الشئ المعرض للتلف بعد استئذان القاضي وفقا للنص.

وأرى أيضا أنه في حالة خشية هلاك الشئ المحبوس بحيث لايمكن معه الانتظار للحصول على اذن من القاضي للحابس أن يسرع في بيعه بدون انتظار الحصول على اذن من القاضي لأن الاستعجال هنا يقوم مقام اذن القاضي اذ لم يتسع الوقت لاستئذانه.

- وطبقا لنص المادة ٣/٢٤٧ مدني مصري اذا كان الشئ المحبوس من الأشياء التي يسرع اليها الهلاك يجب على الحابس نزولا على مقتضيات التزامه في المحافظة على الشئ المحبوس أن يحصل على اذن من القضاء في بيعه أو الاسراع في بيعه في حالة ضيق الوقت دون الحصول على اذن من القضاء، ويكون البيع في هذه الحالة وفقا لأحكام بيع رهن الحيازة للمنقول المنصوص عليها في المادة ١١١٩ مدني مصري دون أن يعتبر ذلك تنازلا عن حقه في الحبس لأنه لايعتبر طلب الحابس بيع العن في هذه الكحالة تنفيذا على العين، وانما يعتبر ذلك اجراء ضروريا للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف فلايفقد الحابس حقه في الحبس. بل ينتقل حينئذ

الحق فى الحبس من الشئ الى ثمنه وفقا لنظرية الحلول العينى. حيث يحمل الثمن حلولا عينيا محل العين المحبوسة[١].

وقد تضمنت المادة ١١١٩ مدنى مصرى اجراءات بيع رهن الحيازة للمنقول، والتى يلتزم بأحكامها الحابس فى بيع الشئ المحبوس عند خشية هلاكه، وذلك بناءاً على نص المادة ٣/٢٤٧ مدنى، حيث نصت على أنه:

«١) اذا كان الشئ المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخش يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شئ آخر يقوم بدله جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.

٢) ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص فى البيع وينقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشئ الى ثمنه».

هذا ويعين القاضى فى هذه الحالة الجهة التى يودع فيها الثمن فقد يقضى بايداعه عند شخص ثالث أو فى خزانة المحكمة أو لدى الحابس نفسه (م١١١٩/٣ مدنى).

ويرى بعض الفقهاء أن الحق فى بيع الشئ المحبوس اذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف قياسا على ماجاء بالمادة ١١١٩ مدنى لايقتصر على الحابس بل يكون كذلك للمدين المالك[٢].

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٥-١٢-١٩٦٦م مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ٩٢٦ بأن «للحابس اذا خشى على الشئ المحبوس من الهلاك أو التلف، أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه طبقاً لنص المادة ١١١٩ من القانون المدنى وينتقل حينئذ الحق فى الحبس من الشئ الى ثمنه».

(٢) انظر د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٣٤ بند ٦٧٦.

(ب) تقديم حساب عن غلة الشئ الحابس

- نص المشرع فى المادة ٢/٢٤٧ «وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام الرهن الحيازى، **وعليه أن يقدم حسابا عن غلته**».

والنص السابق لم يفصح عما اذا كان يجب على الحابس استثمار الشئ المحبوس كما فعل ذلك بالنسبة الى المرتهن رهنا حيازياً (م ٢/١١٠٤ مدنى) أم لا، ولهذا نجد أن الشراح اختلفوا فيما اذا كان على الحابس التزام باستثمار العين أم لا الى **آراء ثلاثة:**

الرأى الأول(١):

ذهب الى القول بأن على الحابس التزاما باستثمار الشئ اذا كان بطبيعته ماينتج من ثمرات، فالعين اذا كانت بطبيعتها تنتج غلة كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً، فعلى الحابس أن يستثمر فى زراعة الأرض وسكنى الدار أو ايجارها وقبض الاوراق المالية وما الى ذلك، وله فقط أن يحبس هذه الغلة كحبسه العين ذاتها، حتى يستوفى حقه ولايخصمها من الدين، وقد يبيعها اذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن حيث يحل الثمن محل العين خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة فعلية التزام باستغلال العين المحبوسة وخصم ثمارها من الدين (**م ٢/١١٠٤، ٣ مدنى مصرى**).

وكل ماعلى الحابس اذا ما استوفى حقه أن يرد العين المحبوسة وغلتها عند انقضاء الحق فى الحبس، الى

---

(١) د/ السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٣٦ ومابعدها بند ٦٧٧- د/ عبدالمنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ٢٠٢ بند ٢٨٠ - د/ محمد شكرى ، المرجع السابق، ص ١٤٤ بند ١٩٠.

مالكها، وعليه تقديم حسابا عن هذه الغلة الى هذا الأخير(١).

- **أما اذا كانت العين لاتنتج بطبيعتها غله** كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك فلا يلزم الحابس استغلالها، بل يحبسها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها.

- **وقد استند أصحاب هذا الرأى فى تأييد رأيهم بما جاء فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٢٤٧ مدنى والذى ينص على أنه** «... وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للاحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن»، وأنه فى لجنة المراجعة عدل هذا النص - بعد أن أثار أحد الأعضاء مسألة تقرير واجب الاستغلال على عاتق صاحب حق الحبس الى «وعلى اكلحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته»(٢).

ويستخلص أنصار هذا الرأى من ذلك أن المشرع لم يرتب على الحابس التزاما باستغلال العين المحبوسة، كما فعل فى شأن الدائن المرتهن حيازة.

أما الرأى الثانى:

فذهب عكس الرأى الأول الى القول: بأن على الحابس التزاما باستغلال العين مالم يمنعه المالك من ذلك قياسا على ماورد فى المادة

---

(١) انظر حكم محكمة النقض بتاريخ ١٤ - ١ - ١٩٥١م، مجموعة المكتب الفنى ج٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ بانه

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٦٥٣ - ٦٥٥.

١٠٤/١/١ مدنى مصرى فى شأن الدائن المرتهن رهن حيازة من أن «وعليه أن يستثمره (الشئ المرهون) استثمارا كاملا مالم يتفق على غير ذلك»[١].

وهو لايسأل الا عن الغلة الفعلية ولو نقصت عن غلة المثل، مالم يثبت أنه قصر فى بذل ماينبغى من عناية فى الاستثمار ويلزم بالفرق جزاء تقصيره[٢].

وقد علل أصحاب هذا الرأى قولهم: بأن الشئ موجود فى يد الحابس، فيجب ألا يفوت على المالك حق الافادة منه، وفضلاً عن ذلك فالمادة ٢/٢٤٧ مدنى مصرى تلزم الحابس بأن يقدم حسابا عن غلة الشئ المحبوس، وهذا مايتضمن التزامه باستغلاله مالم يمنع المدين المالك الحابس منه. واذا لزم على الحابس أن ستغل الشئ المحبوس، وجب أن يحصل هذا الاستغلال لحساب المالك فالحابس لا يأخذ الغلة، بل كل ماله أن يحبسها مع الشئ[٣].

وهذا لرأى أولى بالاتباع فى نظرنا لأن استثمار الشئ قد يمليه الالتزام بالمحافظة عليه، لأن من الأشياء مايتلف أو تنقص قيمته اذا أهمل استغلاله.

- **وقد توسط رأى ثالث:** بين الرأى الأول والثانى حيث يرى أن الحابس ليس عليه أصلا التزام باستثمار الشئ المحبوس خلافا للدائن

---

(١) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠١ بند ٤١٣- د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣٠ - ٢٣١ بند ١٣٢.

(٢) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠١ بند ٤١٣.

(٣) د/ عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣١ - ٢٣٢.

المرتهن رهن حيازة «الا اذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته»[1].

وخلاصة القول: أن الفقهاء اختلفوا فى وجود التزام على الحابس بضرورة استثمار الشئ المحبوس قياسا على الدائن المرتهن أم لا؟ حيث **قال البعض** بأنه ليس عليه التزام بالاستثمار الا اذا كان ينتج بطبيعته غلة، **وقال البعض الآخر** أن عليه التزام باستثمار العين قياسا على الدائن المرتهن، **وقد توسط رأى ثالث** بينهما بقوله ليس عليه التزام الا اذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته.

ولكنهم اتفقوا فى أن الحابس لايتملك تلك الثمار بل له الحق فى حبسها فقط مع العين المحبوسة ولايحق له خصم الغلة من الدين بل كل ماعليه حبسها وردها مع العين عند انقضاء الحق فى الحبس بالحصول على دينه من المدين المالك للشئ المحبوس.

---

(١) أنظر فى هذا الرأى د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٨، بند ١١٢.

المطلب الخامس
انقضاء الحق في الحبس
(أ) انقضاء الحق
في الحبس بصفة تبعية

- لما كان الحق فى الحبس حقا تابعا للالتزام المضمون به، فانه ينقضى تبعا لانقضاء هذا الالتزام سواء تم هذا الانقضاء بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، الابراء أو التجديد أو المقاصة(١).

والأصل فى التمسك بالحق فى الحبس انما يدور مع وجود دين للممتنع فى ذمة المطالب بالتسليم، ولهذا ينقضى بانقضاء هذا الدين، وتلك نتيجة لقواعد تنفيذ الالتزامات المتبادلة والمترابطة.

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٥ - ١٢ - ١٩٦٦م مجموعة المكتب الفنى ش ١٧ ص ١٩٢٦م بأن «متى وفى المرسل اليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذى كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة اليه، ويعود الالتزام بالتسليم فى ذمة الناقل وفقاً لأحكام عقد النقل فيلتزم بتسليم تلك الاشياء سليمة للمرسل اليه اذ لايترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد، وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقت تنفيذ التزام الناقل بالتسليم حتى يفى المرسل اليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل ولايغير من ذلك ان يكون المرسل اليه هو المتسبب فى حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل اذ أن تقصيره فى الوفاء بالتزامه هذا وان كان يخول للناقل ان يستعمل حقه فى الحبس الا أنه لايعفيه من التزامه بالمحافظة على الشئ المحبوس، وهو التزام متولد من حق الحبس ذاته ولايمكن ان يعتبر مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف فى فترة احتباسها، والحابس ان خشى على الشئ المحبوس من الهلاك أو التلف ان يحصل على اذن القضاء فى بيعه طبقاً لنص المادة ١١١٩ من القانون المدنى وينتقل حينئذ الحق فى الحبس من الشئ الى قيمته».

- أما فيما يتعلق **بطرق انقضاء الالتزام الأصلي** من حيث أثرها في زوال التمسك بالحق في الحبس، فنجد أن أول هذه الطرق:

(أ) الوفاء: حيث ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الوفاء المادى حتى وان كان معيبا يترتب عليه انقضاء الحق فى الحبس[1]. أى انه لايجيز التمسك بالحق فى الحبس الا اذا لم يقع التنفيذ مطلقا، وهو مايطلق عليه نظرية التحريم.

ومضمونها: أنه لاتمسك بالحق فى الحبس أى لادفع الا عند عدم التنفيذ ولا ينعدم التنفيذ الا اذا لم يقع التسليم المادى مطلقا أى فى حالة عدم الوفاء، فاذا وقع الوفاء بالدين لم يبق مجال للتمسك بالحق فى الحبس[2].

والواقع أن الوفاء بالدين – شأنه فى ذلك شأن كل واقعة تترتب عليها نتائج قانونية – لا يقع الا على درجات متفاوته، يقابل كل درجة منها احتمال ترتب الحق فى الحبس أو عدم انقضاء ماترتب منه الحق فى التمسك بهذا الدفع، بل ان نفس قبول التسديد باعتباره أداء لايمسك الحق فى الحبس، وان من شأنه أن يجعل التمسك به أشق لما قد يحدثه من أثر فى عبء الاثبات، أما اذا تم قبول التسديد بمجموعة قبولا نهائيا ترتب عليه انقضاء الحق فى الحبس[3].

(ب) **أما بالنسبة لانقضاء الالتزام بالتجديد**: فنصت المادة ١/٣٥٢ مدنى على أنه «يتغير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا

---

(١) أنظر فى هذا البحث آراء الفقهاء فى التنفيذ المعيب للالتزام ومابعدها بند ٤٢.

(٢) racque (arthur): le droit de rétention (en droit all et en droit francais) P. 47 No.: 75 the Bordeau 1907.

(٣) أنظر كسان، المرجع السابق، ص ٧٠٩ – ٧١٠ – د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٢٠٧ بند ٢٢٨.

بالالتـزام الأصلى التـزامـا جديداً يخـتلف عنه فى محله أو فى مصدره».

ومن النص السابق يقصد بالتجديد: احلال التزام جديد محل التـزام قديم بنية التجديد بحيث يترتب عليه أن ينتقض الالتزام الأصلى بتوابعه، وأن ينشأ مكانه التزام جديد سواء فى محله أو فى مصدره[1].

وينبنى على ذلك فى الاصل عدم انتـقـال التـأمـينات العـينيـة والشخصية الى الالتزام الجديد، وهو ماعبرت عنه المادة ٢/٣٥٦ مدنى مصرى بقولها «ولاينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك».

- **فـهـل مـعنى ذلك أن الحق فى الحبس الذى كـان يضـمن تسـديد الالتزام المنقضى بالتجديد لاينتقل الى الالتزام الجديد قياسا على التأمينات العينية أو الشخصية؟**

يمكن القول: أنه بلا شك أن انقضاء الالتزام بالتجديد يستتبعه انقضاء الحق فى الحبس قياسا على التأمينات العينية أو الشخصية، لأن الالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم الذى كان محلا للحق فى الحبس من ناحية المحل، ومن ناحية المصدر، وبالتالى نجد أن الالتزام الجديد يختلف فى سبب وجوده عن الالتزام القديم الأمر الذى يمكن معه القول بأن الحابس لايستطيع أن يحبس الالتزام الجديد بنفس الالتزام القديم علاوة على أن التـأمـينات العينية أو الشـخـصـيـة بلاشك أقـوى ضـمانا من الحق فى الحبس، ولايصح أن يعطى الضمان الأقل حكما

---

(١) انظر كسان، المرجع السابق، ص ٧١٠ – ٨١١.

أقوى من حكم الضمان الأقوى عندما نقول بانتقال الحق فى الحبس الى الالتزام الجديد دون التأمينات العينية أو الشخصية (م ٢/٣٥٨ مدنى مصرى)، لأن ذلك يخل بالمنطق القانوني للنصوص التشريعية، ومايؤيد ذلك مانصت عليه المادة ١/٣٥٦ مدنى مصرى من أنه «يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعة وأن ينشأ مكانه التزام جديد».

ولاشك أن الحق فى الحبس بالنسبة للالتزام القديم يكون من توابعه باعتباره ضمان من الضمانات التى نص عليها المشرع، ولكن مع ذلك يمكن القول بأن بين انقضاء الحق فى الحبس بالتجديد وبين انقضاء التأمينات العينية أو الشخصية فرقا يتمثل فى أن الحق فى الحبس بصوره المختلفة انما هو من الضمانة الى لاتعتبر ضمانة شخصية أو عينية، بل هو مجرد حق فى الحبس يترتب عند توافر شروطه - التى سبق أن ذكرها - وينقضى بانقضاء تلك الشروط، اذا كان التجديد يترتب عليه انقضاء التزام قديم ينقضى بانقضائه الحق فى الحبس المتعلق به، الا أنه يترتب على التجديد وجود التزام يصحبه حق فى الحبس جديد متى كان الالتزام الجديد ومايتعلق به من وجود حق فى الحبس بصورة تلقائية لايتصور فى بقية الضمانات العينية أو الشخصية[1].

ويجب أن نشير بصدد التجديد أنه لايعتبر تاما الا اذا كانت الارادة اليه ظاهرة بجلاء ووضوح لأنه لايتناول انشاء التزام جديد فقط بل يتضمن أيضا انقضاء التزام قديم، وقد نصت المادة ١٢٧٣ مدنى فرنسي مؤيدة ذلك بقولها «لايفترض التجديد مطلقا، بل ينبغى أن تتضح ارادة أعماله من التصرف بجلاء».

---

(١) انظر د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٢٠٩ بند ٢٣١.

ونصت أيضاً المادة ٣٥٤ مدنى مصرى بأن:

١) التجديد لايفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

٢) وبوجه خاص لايستفاد التجديد من كتابه سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لايتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لايتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره».

الا أن النص السابق يؤدى الى بعض الصعوبات وخاصة فيما يتعلق باستخلاص ارادة التجديد، وأرى أن الأمر فى ذلك يترك لقاضى الموضوع.

الا أن القضاء الفرنسى قد ذهب الى القول بأن قيد حق الدائنية فى جملة الحساب الجارى يتضمن التجديد مالم تنصرف ارادة الطرفين الى غير ذلك، وبذلك يفقد الدائن الذى رضى بهذا القيد مايفقده من حقوق الامتياز والرهان المجردة الضمانة المترتبة على الدفع بالحق فى الحبس[1]، وبالعكس فان التجديد لايترتب بمجرد قبول الأداء بأوراق تجارية[2]، أو قبول المدين حوالة الحق بدون قيد ولا شرط، ولذا يبقى حق الحابس فى التمسك بالحق فى الحبس قائما فى هذه الأحوال[3].

هذا وقد نصت المادة ٣٥٥ مدنى مصرى فى هذا الصدد على أنه:

«(١) لايكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار.

---

(١) كسان، المرجع السابق، ص ٧١٢ متن، هامش رقم (٢) - نقض فرنسى ١٥ - ١٢ - ١٩٨٧م س ٩٩، ١، ٣٩٣ - باريس ١ - ٨ - ١٩٠٠ س ١٩٠٣، ٢، ٢٨٩.

(٢) انظر باريس ١٨ يناير ١٨٥٣م جورنال محكمة التجارة .Comm١٨٥٣ ص ١٤١ وكيل بالعمولة.

(٣) كسان، المرجع السابق، ص ٧١٢ - ٧١٣.

٢) وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره على أنه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خالص، فان هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك».

(جـ) وقد ينقضى الالتزام **أيضا بالابراء**، وقد نصت على ذلك المادة ٣٧١ مدنى بقولها «ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينة مختارا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين، ويرتد برده».

وعلى ذلك اذا ماقام الحابس بابراء الطرف الآخر المدين من الدين الذى عليه له، فهنا ينقضى الالتزام الذى كان مضمونا بالحبس، وبالتالى لم تعد علة الحبس موجودة، فينقضى تبعا لذلك الحق فى الحبس لأن العلة تدور مع الحكم وجودا وعدما، فاذا ما انقضى الالتزام المضمون بالحبس انقضى تبعا له الضمان أى الحق فى الحبس.

(د) وينقضى كذلك الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبى لايد له فيه».

وهذا يستتبع انقضاء دين الطرف الذى انقضى حق دائنيته.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١/٥٦٩ مدنى مصرى «اذا هلكت العين المؤجرة أثناء الايجار هلاكا كليا، انفسخ العقد من تلقاء نفسه».

فالمستأجر حين لاينفذ المؤجر التزاماته قبله لهلاك العين المؤجرة ينقضى عنه التزامه المقابل. على أنه عند استحالة التنفيذ بحادث جبرى أو بقوة قاهرة، واختلال التكافؤ بين مراكز الطرفين تبعا لذلك، يتحمل احد الطرفين بالخسران، وينبغى عليه أن ينفذ ماعليه دون أن ينتظر تنفيذ الالتزام المقابل الهالك حيث لايكون له الحق فى التمسك بالحبس

فى هذه الحالة، ويتوقف معرفة الطرف الذى يزول حقه بالتمسك بالحق فى الحبس على معرفة من يتحمل تبعة الهلاك من الطرفين[١].

ولكن اذا تولد عن هلاك الالتزام الأصلى تعويضات، فهنا يبقى الحق فى الحبس للطرف الآخر لضمان استيفاء التعويضات أى لاستيفاء مايتخلف عن الالتزام الأصلى من الحق فى التعويض وليس لاستيفاء الالتزام الأصلى[٢].

(هـ) - أما اذا انقضى حق دائنية الحابس بالتقادم فهل يستتبع ذلك سقوط حقه فى التمسك بالحق فى الحبس؟ أم أن ماكان للحابس من حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ مؤقتا حتى يتم استيفاء التسديد المقابل المقابل يتحول الى دفع بعدم التنفيذ مؤبدا لعدم امكان التسديد المتقابل لسقوط الحق فى بالتقادم[٣].

مثال ذلك: فى بيع السلم[٤]: فلو أن قطن أو قمح بيع بثمن عاجل على أن يقع التسليم بعد عام من البيع، ففى هذه الحالة ينقضى الحق فى اقتضاء الثمن قبل انقضاء الحق فى تسلم القطن أو القمح فهل هنا اذا طالب المشترى بالعين فى الفترة التى ينقضى فيها التزامه بتسديد الثمن بالتقادم، ينجح فى مطالبته هذه أم يجابه بالتمسك بالحق فى حبس المنزل من قبل البائع على وجه الدوام؟[٥].

---

(١) غسان، المرجع السابق، ص ٧١٣ .

(٢) غسان، المرجع السابق، ص ٧١٣ .

(٣) انظر فى هذا البحث آراء الفقهاء فى أن يكون حق الحابس مقابلا لالتزام مدنى طبيعى بند ٤٠،

(٤) بيع السلم: هو بيع شئ اجل بثمن عاجل مثل بيع الثمار قبل نضجها بثمن عاجل.

(٥) انظر د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٢١٢ ومابعدها بند ٢٣٦.

يمكن القول بأن القانون المدنى المصرى حين قرر سقوط الالتزامات بالتقادم المسقط (م ٣٧٤ - ٣٧٨ مدنى) لم يفرق بين التمسك بالحق بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، والدعوى لم تعد متميزة عن الحق الذى تحميه، ولكل حق دعوى تحميه، وعلى ذلك فان مجرد أن يرمى القانون دعوى ما بالشلل أو بالقضاء عليها فانه يرمى بذلك الحق الذى تحميه بنفس السهم[1]، وان كان بعض الفقه قد ذهب الى القول بتأبيد الدفوع[2].

والراجح: لدى الفقه ان مجرد وجود الضمانة المترتبة على الحق فى الحبس رهن حيازة يمنع سريان التقادم المسقط طالما بقى الشئ المحبوس موجودا فى يد الدائن الحابس، لأن ذلك يعتبر من المدين اقرار ضمنيا مستمرا بالدين، ومن ثم يقطع التقادم الخاص به[3]، وقد أخذ بهذا الحكم قياسا على ماجاء فى نص المادة ٣٨٤ مدنى مصرى أنه:

١) ينقط التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحا أو ضمنيا.

٢) ويعتبر اقراراً ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين».

---

(١) كسان، المرجع السابق، ص ٧١٤ متن وهامش رقم (٩١ ص ٧١٥ - لوران، المرجع السابق، ج ١٥ بند ٥٧ ومابعدها ج ٣٢ بند ٣٧٢، ٣٧٩.

(٢) انظر كسان، المرجع السابق، ص ٧١٥ .

(٣) بودرى لاكانتينرى، كسان، المرجع السابق، بند ٢٥٠ - كسان، المرجع السابق، ص ٦٣٩ هامش (١) - بلانيول، المرجع السابق، ج٢ بند ٤٦٤، بند ٥٠٤، د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ٢٤٧ بند ٢٣٠ - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦١٤ بند ٤٢٤ - د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٢١٢ ومابعدها بند ٢٣٦ - وعبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ث ٢٣٢ بند ١٣٤ - د. السنهورى ص ١٥٤١ . ١٥٤٢ بند ٦٨١.

والنص المذكور يعتبر الاقرار الضمني بمثابة الاقرار الصريح في قطع التقادم، وظاهر أن الفقرة الثانية من المادة لاتذكر حالة وجود المرهون حيازياً في يد المرتهن، الا كمثال للاقرار الضمني بالحق المضمون به، فيجب أن نقول بوجود الاقرارالضمني بالدين كلما أمكن تفسير عمل المدين، أو كما اذا ترك شيئا في يد الدائن، وكان لهذا الأخير الحق في حبسه ضمانا للوفاء بالدين.

(و) وفي حالة انقضاء حق الدائنية بانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو البطلان أو غير ذلك ينقضي تبعا لذلك ماكان يضمن حق الدائنية المذكور من حق في التمسك بالحق في الحبس، الا اذا كان العقد المنحل قد نفذ قبل انحلاله من الجانبين في هذه الحالة يكون لكل طرف أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في صورة الحق في الحبس[1] – كما ذكرنا سابقا[2] .

---

(١) قضت محكمة الزقازيق الابتدائية ١٦ ابريل ١٩٢٥م، المحاماة س ٢ رقم ٥٦٢ ص ٦٨٩ على انه «كما أن للبائع حق حبس العين المبيعة حتى يستوفي الثمن، فكذلك المشترى له حبس العين حتى يرد البائع ماقبضه من الثمن في حالة فسخ البيع، لانه لا موجب لتمييز البائع عن المشترى، ولأن المشترى لم يدفع الثمن للبائع الا في مقابل أن يسلم البائع اليه العين، فيجب عدلا في حالة فسخ البيع ان لايستلم (الصواب لايتسلم) البائع العين الا اذا رد ماقبضه ثمنا لها».

وحكم محكمة بندر طنطا الجزئية الاهلية ١٦ ابريل ١٩٤٠م، محاماة س ٢٢ ص ٧٩٧ وفيه «اذا أمعنا النظر وجدنا ان التزام المشترى برد المبيع (عند الفسخ) يقابله التزام البائع برد الثمن وهذان الالتزامان ينشأن في وقت واحد.. ولهذا السبب يجب تنفيذهما في وقت واحد كذلك» وقد صدر هذا الحكم في ظل احكام المعاملات الاسلامية التي كانت تطبق في مصر قبل وضع مجموعات القانون المدني.

– وقضت محكمة النقض الفرنسية؛ الدائرة المدنية ١٧ ديسمبر ١٩٢٨م في المحاماة رقم ٥٠٥ ص ٩١٢ س ٩ عن داللوز الاسبوعية ٤٤ ص ٥٢ بحق الحبس لكل من طرفي المقايضة عند ابطالها.

(٢) انظر في هذا البحث بند ٥٠ ومابعده.

(ب) انقضاء الحق فى الحبس بصفه أصليه[1]

- ان الحق في الحبس قد ينقضى قبل انقضاء الالتزام المضمون به، أى ينقضى بطريق أصليه خاصة به، وسنبحث فيما يلى شتي هذه الطرق:

- **أولاً: خروج الشئ من يد الحابس:** مناط حق الحبس هو وجود حق له مستحق الأداء، ووجود الشئ فى يد الدائن، ومقتضى ذلك أنه اذا نزل الحابس عن حقه فى الحبس قبل أن يستوفى ماله فى ذمة المالك، فيزول هذا الحق بصفة أصلية لفقده شرطا من شروط وجوده وهو وجود حق مستحق الاداء للحابس قبل المدين - علاوة على ذلك[2].

علاوة على ذلك ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشئ من يده، لأنه فقد شرطا من شروط وجوده أيضا وهو حيازة الحابس للعين المحبوسة، على شروط وجوده أيضا وهو حيازة الحابس للعين المحبوسة، على أنه فى هذا الصدد **يجب التفرقة بين حالتين:**

- **(١) الخروج الارادى للشئ:** - اذا كان الشئ قد خرج من يد الحابس بتخليه عنه باختياره، انقضى حق الحبس فى الحال كما

---

(١) انظرد. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٠ ومابعدها بند ١٠٢ - د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، بند ٢٣١ ومابعدها ص ٢٤٧ ومابعدها، د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٢١٤ ومابعدها بند ٢٣٧ ومابعدها، د. عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٢٣٢ ومابعدها بند ١٣٥ ومابعده.

(٢) انظر حكم محكمة النقض بتاريخ ٣ - ٣ - ١٩٧٣م، مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٦٧ ص ٣٧٢

لو سلمه للمالك، أو تم التنفيذ على الشئ بين يدى الدائن الحابس، وارتضى هذا أن يسلمه لمن رسا عليه المزاد(١).

وقضت محكمة النقض بان «حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ومتى تم هذا التنازل فانه لايجوز العدول عنه بعد ذلك»(٢).

وقد نصت على هذا المادة ١/٢٤٨ مدنى مصرى بقولها «ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه».

ويتحقق ذلك فى صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه، فيتخذ اجراءات البيع الجبرى، فيجب عليه فى هذه الحالة عند رسو المزاد على مشتر أن يسلمه العين لأن فى التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنيا منه عن حقه فى الحبس(٣).

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ أكتوير ١٩٦٢م(٤) انه «بقيام الدائن بحجر من تلقاء نفسه على المال الذى فى حيازته يكون قد عمل بذلك على زوال حقه فى الحبس، وربما يكون الحل قاسيا الا أنه لم يصدر **دون مسوغ قانوني**، اذ أن عملية الحجز تضع في

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف مصر ٢٧ – ١٢ – ١٩٣٨م محاماة ٢٠ رقم ١٧١ ٤٥٧

(٢) نقض مدنى ١٦/٥/١٩٦٨م مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ٦٠٩٢.

(٣) د. سليمان مرقس في التأمينات العينية فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ – د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٤٨ بند ٦٨٦، المذكرة الايضاحية لمشروع التنقيح فيما ورد بشأن المادة ٢٣٣.

(٤) paris, 9 mars 1964, journal d es Agréés, 1964 p. 247, note M. Faure. cass Civ 1. 10 oct. 1962, Ball. 1962 1, p. 356, n. 413' G.P. 1962, 326.

الواقع المال تحت يد العدالة ومن هذا المنطلق فان السلطة العامة وليس الدائن الذى يكون له حق امتلاك الشئ، وطالما أن السند القانونى الذى أنشأ حيازة الدائن قد فقد سبب وجوده وقيمته فيتعين الحكم فيما يبدو بأن هذا الدائن لم يعد حقيقة حائزاً على الرغم من بقاء الشئ بين يديه».

ولكن ماهى طبيعة العلاقة التى لازالت تربط الحابس بالشئ؟
ان ذلك أمر يصعب ذكره ولكن من الممكن تقريب حالته بحالة خدم الحيازة الذين ليسوا حائزين لأنهم ليسوا قانونا أسياد الشئ، ولا ملاكه (واضعى يد) لعدم وجود هيمنة وسيطرة فعلية على الشئ (Animus dominé).

أما اذا لم يقم الدائن بمبادرته هذه فى حينها على هذا النحو واحتفظ فقط بحيازة الشئ فيكون قد حمى نفسه – ولو سلبا – وبالتالى لايعبأ بالذي يطالبه بتسليم المال وباستطاعته أن يتصدى للجميع برفض التنفيذ طالما أنه لم يحصل على قيمة دينه المستحق.

– كذلك يعتبر الشئ قد خرج من يد الحابس خروجا اراديا ولو نزع منه بموجب حكم قضائى، اذا كان هذا الحكم غير نافذ فى مواجهته، وأهمل الحابس فى التمسك بحقه فى الحبس أو الاعتراض على الحكم.[1].

ومجرد خروج الشئ من يد الحابس يكون قرينة على التخلى الاختيارى مالم يقم الحابس بنفى دلالتها باثبات أن الشئ قد سلب أو اغتصب منه. وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها «ان التخلى عن

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩م بلتان ٢٩ ص ٥٣ – انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤٩/٢٥٠ بند ٢٣٥ – د. سليمان مرقس، التأمينات العينية بند ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش (٢).

الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة اليها. فاذا كانت القرائن التي استند اليها الحكم من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فان النص عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس».

- والعلة فى انقضاء الحق فى الحبس فى حالة الخروج الاختيارى ترجع الى أن الحق في الحبس يقوم على أساس وضع اليد على الشئ أى الحيازة المادية للشئ، فان انتفت هذه العلة انقضى هذا الحق أى الحكم، وقد استند فى تأييد تلك العلة الى أن الحق فى الحبس ليس أساسه انصراف ارادة الدائن الى التنازل عن الحق فى الحبس، فينقضى الحق فى الحبس ولو أعلن الحابس عند التخلية صراحة أنه لايقصد التنازل عن حقه فى الحبس بل يحتفظ به على ثمن بيع الشئ[1].

ويستثنى من ذلك حالة ما اذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فقد نصت المادة ٣/٢٤٧ على أن للحابس فى هذه الحالة «أن يحصل على اذن من القضاء ببيعه وفقا للاحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ وينتقل الحق فى الحبس من الشئ الى ثمنه» وطبقا للمادة ١١١٩ مدنى «يرخص القاضى ببيع الشئ بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق»[2].

---

(١) تهيدا فى موسوعة داللوز ج٤ ص ٧١٠ فقرة ٨٥ - د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٠/٢٣٠ بند ١٠٢ - د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٥٠ بند ٢٣٦ - د. سليمان مرقس فى التأمينات العينية فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ - د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٤٧/ ١٥٤٦ فقرة ٦٨٦ هامش رقم (٤).

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣١ بند ١٠٢.

- وإذا خرج الشئ من يد الحابس خروجا اراديا ثم عاد اليه، فان عودة حقه فى الحبس من عدمه **يفرق فيها بين حالتين**[١].

- فقد يعود الشئ الى يد الدائن لنفس السبب الذى من أجله سبق له احتباسه، كما لو عهد باصلاح سيارة الى صاحب جراج فسلمها الى مالكها قبل أن يستوفى ماهو مستحق له، فعادت اليه السيارة مرة أخرى لاستكمال اصلاحها. أو فى حالة بيع السيارات والآلات الميكانيكية التي يشترط فيها على البائع ضمان صلاحيتها للعمل مدة معينة، ويقوم البائع بتسليم السيارة أو الالة الى المشترى قبل استيفاء الثمن، فانه فى تلك الحالات يسقط حقه فى حبسها لضمان هذا الالتزام، فاذا أعيدت اليه السيارة لاستكمالها أو رد اليه المشترى الالة لاصلاحها خلال مدة الضمان، عاد اليه الحق فى حبسها لاستيفاء الثمن، وذلك لوحدة السبب الذى من أجله عاد اليه الشئ.

- أما اذا عاد الشئ لسبب آخر فلا يجوز له أن يتمسك بحق الحبس الذى كان له من قبل ومثال ذلك أن يعيد صاحب السيارة المشتراه الى بائعها لاجراء اصلاحات بها بعد انقضاء مدة الضمان فليس له أن يحبسها لضمان دين الثمن لأن الحق فى حبس السيارة لاستيفاء الثمن قد انقضى بتسليم السيارة الى المشترى، ويحق له حبسها فقط لاستيفاء أجر مايقوم به من اصلاحات وهذا حق حبس جديد، لأنها سلمت اليه بناء على سبب آخر وهو عقد المقاولة[٢].

---

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣١ ومابعدها بند ١٠٢ د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٥١ بند ٦٨٦ هامش (٢) - دريدا فى موسوعة داللوز ج٤ ص ٧١٠ فقرة ٨٦ - ٨٧.

(٢) دريدا فى موسوعة داللوز ج٤ ص ٧١٠ بند ٨٦، ٨٧ - د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٢/٢٣١ بند ١٠٢ - د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٥١/٢٥٠ بند ٢٣٦ .

- (٢) الخروج غير الارادى للشئ:

اما اذا خرج الشئ من يده خلسة أو غصبا فان حقه فى الحبس لايزول فى الحال بل له أن يسترده ممن هو فى حيازته اذا طلب ذلك خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروجه، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج، وهو مانصت عليه المادة ٢/٢٤٨ مدنى مصرى «ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، واذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه». أى أن الحق فى الاسترداد، وبالتالى الحق فى الحبس يسقط بأقصر الأجلين.

وبناء على المواعيد التى ذكرتها المادة ٢/٢٤٨ نجد أن ميعاد السنة يختلف عن هذا الميعاد نفسه فى **دعوى استرداد الحيازة** action en réintegrande ففى هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة حيث نصت على ذلك المادة ١/٩٥٨ مدنى بقولها «لحائز العقار اذا يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها اليه، فاذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك». بعكس الحابس فليس له حق الاسترداد فى حالة خروج الشئ المحبوس من حيازته خلسة الا خلال سنة من تاريخ فقده وليس من تاريخ علمه وانما يكون له فى هذه الحالة الاسترداد خلال ثلاثين يوما من تاريخ العلم بفقد الحيازة.

- **كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر المنقولات التى خرجت من العين المؤجرة دون رضاه، فاسترداد**

المؤجرة لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التتبع المتفرع عن حق الامتياز العينى، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانونى اذا لم يترتب على المنقولات حق للغير. **أما استرداد الحابس** للحيازة فالغرض منه ليس امكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانونى ولو لم يترتب على العين حق الغير[1].

-- وللحابس ان يسترد الشئ الى يده ولو كان منقولا انتقلت حيازته الى شخص حسن النية، اذ أن الحيازة ولو بحسن نية لاتجب لأن الأمر ينطوى على سرقة ضمان Vol de gaga،[2] ولكن اذا كان حائز المنقول قد اشتراه بحسن نية من السوق أو البورصة أو ممن يتجر فى مثله أو فى مزاد علنى، فلا يحق للحابس ان يسترده منه الا اذا دفع له الثمن، وهذا ماعبرت عنه المادة ٢/٩٧٧ مدنى مصرى بقولها «فاذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الئ ان يعجل له الثمن الذى دفعه».

ونرى ان الحابس يحق له هنا ان يرجع بالثمن الذى دفعه على المختلس سواء كان هو صاحب الشئ المحبوس أو أنه تسبب فى اختلاسه أو خروجه من حيازة الحابس بدون رضاه للغير، وله أن يرجع على الغير المختلس وحده اذا كان المدين صاحب الشئ المحبوس ليس له يد فى ذلك أو عليهما معا بالتضامن اذا اشتركا فى اختلاسه أو حيازته جبراً عن الحابس.

---

(١) د. سليمان مرقس، التأمينات العينية فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ - ٦٠٧.

(٢) انظر فى المذكرة الايضاحية مجموعة الاعمال التكحضيرية ج٢ ص ٦٥٦ - ٦٥٧

- وعلى ذلك اذا انقضت المواعيد المذكورة في المادة ٢/٢٤٨ مدني دون أن يسترد الحابس حيازته للشئ محل الحبس زال نهائيا حقه في الحبس، وهذا هو الفرق بين الحق في الحبس والحق العيني، فالحق العيني ينطوي دائما على حق التتبع، ولا يزول بانتقال العين الى الغير.

وان كنت أرى أنه في حالة فقد الحابس لحيازة الشئ المحبوس بدون رضاه أو خلسة أنه لايوجد مايمنع من أن نجعل للحابس في هذه الحالة حيازة اعتبارية حيث لاينقضي الحق في الحبس بخروج الشئ من حيازته في هذه الصورة وذلك بصفة استثنائية خلال تلك المدة التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدني على اعتبار أن الحبس في الأصل وسيلة من وسائل الضمان، وبالتالي لايفقد حقوقه التي له بمقتضى الحق في الحبس في حالة خروج العين من حيازته في تلك الصورة، وعلى ذلك اذا ماتصرف المدين المغتصب في العين خلال المدة المحددة للاسترداد لايعتد به على الأقل في مواجهة الحابس، لأن في القول بانقضاء الحق في الحبس في هذه الصورة - خروج الشئ من حيازة الحبس بدون ارادته - مايعطي المدين الفرصة للتخلص من آثار الحق في الحبس بالتصرف فيه للغير وبالتالي يسري هذا التصرف في مواجهة الحابس أما لو قلنا أن له حيازة اعتبارية بصفة استثنائية في هذه الصورة نكون قد قوينا أثر الحق في الحبس كوسيلة فعالة للضمان من شأنها أن تجبر المدين أن يسارع في تسديد ماعليه للدائن الحابس ولا يفكر أمام ذلك في تدبير الحيل والوسائل لمحاولة استرداد الشئ المحبوس خلسة من الحابس وبدون رضاه.

- كيفية استرداد الحابس للشئ المحبوس في حالة فقده لا اراديا[1]:

---

(١) انظر في عرض ذلك ايضا د. صلاح الناهي ص ٥٩ ومابعدها بند ٤٢ ومابعده.

من المتفق عليه أن الحق فى الحبس بخروج الشئ اراديا وليس فى ذلك صعوبة، ولكن الصعوبة فى حالة خروج الشئ لا اراديا فبأى وسيلة يسترد الحابس حيازته فى هذه الحالة؟.

يميز الفقه الفرنسى بين حالة ماتكون العين محل الحبس من المنقولات وبين حالة ماتكون من العقارات.

(أ) **اذا تعلق الأمر بمنقول** فليس فى وسع الحابس حين يفقد العين المحبوسة بدون ارادته أن يستردها بدعوى من دعاوى وضع اليد action passessoire لأن هذه الدعاوى قاصرة على العقار[١]، فهل فى وسع المحتبس أن يلجأ الى استرداد العين رفع دعوى استرداد شبيهه بما تمنح للمؤجر على منقولات المستأجر[٢].

اختلف الفقهاء فى ذلك: فذهب بعضهم الى اعتبار النصوص المتعلقة بذلك (م ٢/٢١٠ فرنسى) قاصرة على ماورد الحكم فى صدده فلايجوز للحابس أو المرتهن رهن حيازة المنقول استرداد الحيازة ويؤيد هؤلاء دعواهم بما ورد فى هذه المادة من تحديد المدد المختلفة لممارسة الدعوى (٥٠ أو ٤٠ يوما حسب الأحوال) فلو قيس على المؤجر غيره بدون نص يحدد المدة التى يجوز خلالها الاسترداد لطال أمد ممارسة الدعوى[٣].

الا ان المشرع المصرى: لم يقف مكتوف الايدى ازاء هذا الخلاف فقد فضه بنصوص صريحة بالرغم من موقف هذا المشرع من طبيعة الحق فى الحبس[٤]. باعتباره وسيلة من وسائل الدفع بعدم التنفيذ

---

(١) فلوارد، المرجع السابق، بند ٩٩.

(٢) المادة ١/٩٥٨ مدنى مصرى – م ٢١٠ فقرة ٢ فرنسى.

(٣) فلوارد، المرجع السابق، بند ١٠٠ – اوبرى ورو، المرجع السابق، ج ٣ بند ٢٦١ وهامش ٧٨.

(٤) انظر فى هذا البحث طبيعة الحق فى الحبس فى القانون المدنى المصرى بند ٢٢ ومابعده.

وليس حقا عينيا أو شخصيا. حيث حسم الخلاف بما نص عليه فى المادة ٢/٢٤٨ مدنى بقوله «ومع ذلك يجوز لحابس الشئ اذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته. أن يطلب استرداده، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه». وظاهر من النص ان المشرع المصرى منح دعوى للحابس «دعوى استرداد الحابس حيازة العين المحبوسة» شبيهة «بدعوى استرداد المؤجر حيازة منقولات المستأجر فى العين المؤجرة»[1].

وذهب كجانب آخر من الفقه الفرنسى الى: وجوب تطبيق حكم المادة ٢٢٧٩ فقرة (٢) عند فقدان الحتبس العين المنقولة محل حق الحبس فان الاعتبارات التاريخية تويد التوسع فى تطبيق حكم هذه المادة بحيث لايقتصر حكمها على المالك بل يستفيد منه ككل من يدعى حقا عينيا على المنقول - المنتفع والدائن المرتهن رهن حيازة منقول والحابس[2]. وظاهر ان حجة هذا الرأى الأخير عينية حق الحبس. وهى محل خلاف كما ذكرنا من قبل.

(ب) اما اذا تعلق الأمر بعقار[3]:

فذهب أغلب الشراح الى امكانية استرداد العقار المحبوس المغتصب بدعوى استرداد الحيازة العقارية la reintégrande حيث يرون طبيعة هذه الدعوى أنها من جملة دعاوى وضع اليد «يعمل فى شأنها بكل القواعد الواردة فى القانون مع وجوب استيفاء الحيازة للاركان التى يتكون منها وضع اليد... الخ».

---

(١) انظر فى هذا البحث اوجه الشبه بين الدعوين بند ١١٩ ص ٢٣٢ ومابعدها هامش ٣٢.

(٢) فلوارد، المرجع السابق، بند ١٠٠، وغلاسون، المرجع السابق، ص ٩٩ وكابرى، المرجع السابق، بند ٨٣.

(٣) انظر د. صلاح الناهى، فى عرض ذلك ص ٦٢ ومابعدها بند ٤٥ ومابعده.

أما القضاء الفرنسي: فقد استقر قضاؤه على أن «هذه الدعوى ليس الغرض الأول منها حماية وضع اليد القانوني وانما هو ازالة اثر ذلك الفعل المحرم المخالف للسلم (الاجتماعى) والأمن العام الذى يرتكبه سالب الحيازة المادية بالقوة.. وقد استندت المحاكم فى قضائها الى مبدأ (يقضى بأن) من أخذ شيئا بالعنف وجب عليه رده الى من أخذه منه[1]. Spoiiatus ante omnia restia restiuendus وذلك بصرف النظر عما اذا كان المسلوب محقا فى حيازته «جديرا باستردادها وبصرف النظر عن صفته فيها» ومن هذا يتبين أن هذه الدعوى ليست من دعاوى وضع اليد بالمعنى الحقيقى ولذا اعتبرها البعض وسطا بين الدعويين الشخصية والعينية اذ ينشأ الحق فى ممارستها قمعا للغصب والعنف ولو كان يد الحائز مؤقته[2].

- هــل الحــابـس أن يقــيم دعــوى منــع التــعــرض حــين يعتــرض la Complainte سبـيل حيازتـه احـد؟

اختلف الفقـه الفرنسى فى الاجابة على هذا التساؤل تبعا لاختلافهم فى طبيعة الحق فى الحبس حيث ذهب فريق منهم الى حرمان الحابس من دعوى منع التعرض وحجتهم فى ذلك أن المادة ٢٣ من قانون المرافعات الفرنسى تشترط فى اقامة هذه الدعوى أن لاتكون حيازته مؤقته أى على شرف الزوال، بينما حيازة الحابس مؤقته وعلى شرف الزوال[3].

اما انصار العينية: فيرون أنه يترتب على عينية الحق فى الحبس أن يكون للحابس ممارسة هذه الدعوى ولايقتصر الحق

---

(١) د. صلاح الناهى، المرجع السابق، ص ٦٣ بند ٤٥.

(٢) De Hulte (E) : Element d,un reperetoire alphabetiquc de droit civil egyptien (juridication mixte et indigene) T3 p. 197 - 198.

(٣) فلوارد، المرجع السابق، بند ١٠٨.

في ممارستها على من يجوز العين حيازة المالك، بل يكفي لذلك ادعاء حق عيني على العقار، وأن يجوز المدعي هذا الحق العقار باسمه ولنفسه لا لغيره دون أن يصل الأمر الى حد ادعاء الملكية التامة[١]، وظاهر أن حجة هؤلاء مبناها عينية حق الحبس وهي موضع خلاف بين الفقهاء[٢].

ثانياً: انقضاء الحق في الحبس بهلاك الشئ المحبوس:

من البديهيات أن ينقضي الحق في الحبس في حالة هلاك الشئ المحبوس لانعدام المحل، واذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسئولاً عن تعويض المالك عنه، أما ان هلك الشئ بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الجبري فانه يهلك على مالكه حتى ولو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك، وقد طبق المشرع هذا الحكم في حالة هلاك المبيع المحبوس فنص في المادة ٤٦٠ مدني أنه «اذا هلك المبيع في يد البائع، وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري، مالم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع».

وفي هذه الحالة يختلف انقضاء الحق في الحبس عن انقضاء الرهن في أن الدائن الحابس ليس له أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشئ الذي هلك غيره (م ١٠٤٨، ١١٠٢ مدني مصري) بعكس الدائن المرتهن فله أن يطلب من المدين الراهن تقديم ضمان آخر مكان الذي هلك وذلك لأن الراهن التزم بتقديم مال معين من أمواله تأميناً لدينه، فاذا هلك المال الذي قدمه فهلاكه عليه، ويلزم بتقديم مال آخر بدلا مما هلك، والا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً.

---

(١) فلوارد، المرجع السابق، بند ١٠٢.

(٢) انظر في البحث طبيعة الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي والمصري بند ١٥ ومابعده.

أما فى الحبس فلم يتعهد مالك الشئ المحبوس بتقديم ضمان، بل انه وجد ماله محبوسا عنه دون ارادته وبقوة القانون، فاذا ماهلك يتحمل المدين هلاك هذا الشئ، ولامحل لالزامه بتقديم شئ آخر بدلا منه، بل انه لا فائدة من الزامه بذلك لأن جزاء الاخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون الا السماح للدائن بمطالبته المدين بوفاء الدين فورا، ولأن الدائن الحابس فى غني عن تقرير هذا الجزاء لمصلحته اذ المفروض أن دينه حال، وانه يستطيع المطالبة به فى أى وقت سواء بقى الشئ المحبوس أو هلك[1].

- **غير انه قد يحدث ان يكون الشئ الهالك مؤمنا عليه او ان يكون الهلاك راجعا الى فعل الغير فيلتزم من تسبب فى الهلاك بخطئة بالتعويض، فهل ينتقل الحق فى الحبس الى مبلغ التأمين أو التعويض؟**

اختلف الشراح فى الاجابة على هذا التساؤل بين مؤيد ورافض على الوجه الآتى:

(أ) **ذهب غالبية الشراح**[2]: الى القول بأن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين، فينتقل الحق فى الحبس الى ذلك المقابل أى أن المقابل المستحق يحل حلولا عينيا محل الشئ الهالك ويكون للدائن حبسه محل العين التى هلكت، **تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول العينى.**

---

(١) د. سليمان مرقس، حقوق الامتياز والحق فى الحبس،المرجع السابق، ص ٦١٤ – ٦١٥، بند ٤٢٥ – د.السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٤٠ بند ٦٨٤، هامش رقم (١).

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه، الموجز ج٢ نبذة ٣٢٨٧ – د. انور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤٨ – ٢٤٩ بند ٢٣٣ – د. صلاح الناهي، المرجع السابق، ص ١٩٠ هامش (٣) د. عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٢٣٤ فقرة ١٣٤ – د. عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٤٥ – ١٥٤٦ بند ٦٨٤ – د. منصور مصطفى منصور، فى رسالته، الحلول العينى – فقرة ١٤٤ – ١٤٥ ص ١٨٠ – ١٨٤.

وقد استند أصحاب الرأى فى تأييد رأيهم الى القياس على حال بيع العين اذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن (م ٣/٢٤٧ مدنى مصرى) وكذلك قياسا على ماجاء فى المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى حيث نصت على أنه «اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة».

ومانصت عليه المادة ١١٠٢ مدنى مصرى على أنه:

«١) يضمن الراهن هلاك الشئ المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئة أو ناشئا عن قوة قاهرة.

٢) وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشئ المرهون رهنا رسميا أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشئ المرهون الى ماحل محله من حقوق».

ويؤيد هذا الاتجاه أيضا حكم المادة ٢٤٨ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية عندما جاء بنص صريح لم يوجد له نظير فى القانون المدنى الحالى وذلك بقولها «بانتقال الحق فى الحبس الى مايحل محل الشئ المحبوس حالة هلاكه أو تلفه».

ب) ولكن ذهب بعض الشراح[1] الى رأى آخر تؤيده

---

(١) انظر. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٢ - ٢٣٣ بند ١٠٩؛ ورسالة نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ - ١٥٤ - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦١٥ بند ٤٢٥ - درية فى انسيكلوبيدى دالوز ج ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٠ ص ٧١٠.

حيــث يقـولــون: اذا اسـتحــق المــدين تعــويضـا أو تأمـيــنا بســبب هــلاك الشـئ فـلا ينتـقـل الحـق فـى الحبـس الـى هــذا المبـلغ.

وقــد أسـتند أصـحـــاب هــذا الاتجــاه فى تأييـد رأيهم الى مايأتـي:

١) ان الأخــذ بفكــرة الحــلول العـينى لايكــون الا بنــص ومــن ثــم فــان حكــم الحـلول العيـنى الذى ورد فى باب الرهـن لاينطـبق عليه.

- **وقد ورد اصحاب نظريه الحلول العيني** علي تلك الحجه قائلين بأن الحلول العيني مبدأ عام وليست النصوص التشريعيه الا مجرد تطبيقات له، فلا حاجه الي نص خاص لكل حاله من حالاته، ويقوم المبدأ علي فكره التخصيص affectation، فالعين المحبوسه قد خصصها القانون لضمان الدين، فما يحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضاً لهذا الضمان، وقد طبقت هذه الفكره فعلا في حاله بيع العين المحبوسه اذا خشي عليها الهلاك أو التلف، وفي حاله هلاك الرهن أو تلفه، وذلك بموجب نصوص تشريعيه، وطبقت فكره الحلول دون نص في حاله بيع ثمرات العين المحبوسه اذا خشي عليها الهلاك أو التلف وكذلك في حاله هلاك العين المحبوسه أو تلفها وحلول التعويض او مبلغ التأمين محلها.

٢) كما أن الحلول العينى لايستقيم مع الاعتبارات التى يقوم عليها الحق فى الحبس، وذلك بصرف النظر عن الأساس الذى تبنى عليه نظرية الحلول العينى، عن تنفيذ التزامه باداء الشئ بشرط أن توجد رابطة بين التزامه هذا، وماهو مستحق له، فالمشرع اذ قرر الحق فى

الحبس قد أراد تنظيم وسيلة طبيعية لحمل المدين على تنفيذ التزامه قوامها وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية بحيث لايجوز للمدين أن يطالب دائنه بماله قبل أن يوفى بما عليه. وبهلاك الشئ تنهار هذه الاعتبارات جميعا[1].

- **وقد رد اصحاب نظريه الحلول العيني علي تلك الحجه** بأن الحق في الحبس يقوم علي حياه العين المحبوسه ذاتها، فانه لايحول دون تطبيق هذا المبدأ، وليس هناك مايمنع من ان الحيازه تقع علي ميحل محل العين المحبوسه، فيعتبر هذا بمثابه وقوع الحيازه علي العين ذاتها. واذا كان المشرع قد رأي حاجه الي الحلول العيني اذا هلكت العين فعلا او تلفت وحل محلها التعويض او مبلغ التأمين[2].

٣) كذلك لايجوز القياس على المادة ٣/٢٤٧ مدنى وهى خاصة بحالة ما اذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك والتلف، فقد أراد المشرع بهذا النص أن يوفق بين مصلحة المالك فى المحافظة على الشئ ومصلحة الدائن الحابس فى عدم التخلى عنه، وهو اعتبار لا وجود له اذا ماهلك الشئ فاستحق عنه مقابل نقدى[3].

٤) كما لايجوز القياس على المادة ١٠٤٩ مدنى مصرى اذ أن «انتقال» الحق العينى التبعى الى مبلغ التعويض أو التأمين ليس انتقالا بالمعنى الدقيق، بل هل أمر تقتضيه وظيفة التأمين العينى ذاتها، اذ ان مقتضى الفهم الصحيح لتلك الوظيفة التوسع فى نطاق الأفضلية بحيث لايقتصر على الثمن بل يشمل كل مقابل نقدى أيا كانت

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢٣٢ – ٢٣٣ بند ١٠٣.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٥٤٦ بند ٦٨٤ هامش رقم ١ .

(٣) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢٣٢ – ٢٣٣ بند ١٠٣.

الصورة التى تمثل فيها، وذلك دون حاجة الى الاستعانة بنظرية الحلول العينى، ولا محل لهذا فى الحق فى الحبس فهو لايخول الدائن اولوية فى استيفاء دينه[1].

- وأمام الرد على ماجاء فى حجج الرأى الأول نرى انه ليس هناك اذن مايبرر الحلول العينى فى الحق فى الحبس حيث ينقضى بهلاك الشئ ولاينتقل الى المقابل استحق لفقده شرط من شروط وجوده وهو حيازة الحابس للشئ، وقد تخلف هذا الشرط بهلاك الشئ المحبوس وبالتالى ينقضى هذا الحق، **اذن فالقاعدة العامة فى الحق فى الحبس هو وجوده اذا ماتوفرت شروطه فاذا فقد شرط من تلك الشروط ينقضى هذا الحق ولايستمر هذا الحق مع فقد حيازة الشئ مثلا فى بعض الحالات الا اذا وجد استثناء من تلك القاعدة والاستثناء لايكون الا بنص حتى نقول باستمرار الحق فى الحبس وانتقاله الى البديل عن الشئ المحبوس (التعويض أو التأمين مثلا).**

- **ثالثاً: تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون:**

ينقضى الحق فى الحبس كذلك اذا قدم المدين بالالتزام المضمون به تأمينا آخر بدلا عنه، وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٤٦ بأن «للدائن أن يحبس الشئ حتى يعرض المدين الوفاء بما هو مستحق عليه **أو يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه».**

- **والحكمة من ذلك** أن القانون يخول الحق فى الحبس حتى يضمن الحابس الوفاء بحقه فاذا قدم له المدين ضمانا كافيا

---

(١) دريدا فى موسوعة داللوز ج ٤ ص ٧١٠ فقرة ٩٠ - د. شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ١٩٥٦م فقرة ٣٢ ص ٦٧ - ٦٩، فقرة ٨٧ ص ٩٠ - ٩١، اسماعيل غانم، فى رسالته، الذمة المالية، فقرة ٥٥.

تخلف الغرض من هذا الحق، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا التأمين شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن(١)، غاية الأمر يجب أن يكون هذا التأمين كافيا لضمان حق الحابس، والمسألة فى ذلك تقديرية متروكة لقاضي الموضوع للفصل في مدى كفاية التأمين الذي قدمه المدين، وانقضاء الحق فى الحبس فى هذه الحالة هو مايوجبه حسن النية من عدم جواز التعسف فى استعمال الحقوق فاذا استمر حبس الشئ محل الحبس بعد تقديم الضمان الكافى يعد ذلك تعسفا لامبرر له.

على أن الحكمة من انقضاء الحق فى الحبس بهذا الطريق لاتتوافر فى جميع صوره، ففي الارتباط القانونى الذي يستند الى العقود التبادلية أى فى الدفع بعدم التنفيذ، توجد علاقة سببية بين الالتزامين، ذلك أن كل طرف لم يلتزم الا بغرض الحصول على ماتعهد به الطرف الأخر، ولا يغنى عن ذلك تقديم تأمين له، ولذلك لاينقضى الدفع بعدم التنفيذ بهذا الطريق، وهذا الحكم يمكن استخلاصه من مقارنة المادة ١٦١ مدنى التى ذكرت الدفع بعدم التنفيذ بالمادة ٢٤٦ مدنى التى تناولت الحق فى الحبس، اذ أغفلت المادة الأولى ذكر هذا الطريق من طرق الانقضاء، على حين أشارت اليه المادة الثانية(٢).

---

(١) على عكس القانون المدنى الالمانى الذى يستبعد الكفالة (أنظر المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى الالمانى).

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢٤٦ هامش (١) - د. صلاح الناهي، المرجع السابق ، بند ١٤٥ - بلانيول وريبير واسمان، المرجع السابق ، ج٦ بند ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش (٣)

ويمكن أن نؤيد هذا بما جاء فى حالات أخرى صرح المشرع فيها استثناء بعدم جواز انقضاء الحق فى الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس فنص فى المادة ٤٥٩/١ مدنى مصرى على أنه «اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ماهو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة هذا مالم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع».

وهذا الاستثناء يبرره أن البائع ليس فى حاجة الى تأمين فان له حق امتياز على المبيع، وانما هو فى حاجة الى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له الثمن[1].

- **أما بالنسبة للجانب التطبيقى لهذا السبب** فقد نصت المادة ٦٨٢ مدنى فى صدد جواز تقسيط مايترتب فى ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات من أن للقاضى «أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة».

وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من القتنين المدنى فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين من أن المستأجر لايجبر «على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر أو من انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر، أو بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض».

وأخيراً مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ مدنى بصدد حق المشترى فى حبس الثمن من أنه «اذا تعرض أحد للمشترى

(١) د. السنهورى، المرجع السابق ، ص ١٥٤٤ بند ٦٨٣.

مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشترى، جاز له مالم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض او يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا»(١).

– رابعاً: اخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين:

إذا أخل الحابس اخلالا جسيما بالتزامه بالمحافظة على العين والعناية بها عناية الشخص المعتاد، كان للمالك أن يطلب من القضاء اسقاط حقه فى حبسها تطبيقا لنظرية للتعسف فى استعمال الحق(٢).

---

(١) قضت محكمة النقض فى جلسة ١٠ – ١٢ – ١٩٧٥م س ٢٦ مجموعة المكتب الفنى ص ١٦٠٦ بأنه «فى العقود الملزمة للجانبين وعلى ماتقضى به المادة ١٦١ من القانون المدنى اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وقد اجاز المشرع تطبيقا لهذا الاصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشترى مالم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن اذا خيف على المبيع ان ينزع من يده، ومقتضى ذلك ان قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى ان يحبس مالم يكن قد اداه من الثمن، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده، وذلك، مالم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له او كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله، فعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لايكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده، ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاقه الباقى فى ذمته من الثمن مادام انه لم يشترط ساقط الخيار».

(٢) د. أنور سلطان، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٤٩ بند ٢٣٤ – د. سليمان مرقس، التأمينات العينية فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ – د. عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق ص ١٥٤٧ بند ٦٨٥.

وفى هذه الحالة نرى أنه اذا ترتب على الاهمال الجسيم انقاص قيمة الشئ أو هلاكه أن يطالب المالك الحابس بالتعويض عن قيمة مانقص من قيمة الشئ المحبوس أو قيمته فى حالة هلاكه كليا، وذلك تطبيقا للمادة ١٦٣ مدنى من أنه «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

مالم يثبت الحابس أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من للضرور أو خطأ من الغير، ففى هذه الحالات لايكون ملزما بالتعويض عن هذا الضرر الذى لحق الشئ المحبوس ملك المدين مالم يوجد اتفاق أو نصا يقضى على غير ذلك (م ١٦٥ مدنى مصرى).

– خامساً: انقضاء الحق في الحبس بالحوالة:

هذه الحالة لم يرد بها نص فى القانون، ولكن يمكن استحداث هذا الحكم من الشريعة الاسلامية، والأصل فى ذلك مانصت عليه المادة ٨٧٣ من مرشد الحيران على انه «اذا حال المرتهن غريما له على الراهن يسقط حقه فى حبس الرهن ولايكون رهنا للمحتال، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشترى بالثمن سقط حقه فى حبس العين المبيعة اما اذا احال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى للبائع بالثمن على آخر، فلا يسقط حق المرتهن فى حبس الرهن، ولاحق للبائع فى حبس المبيع»(١).

---

(١) انظر ايضا المادة ٤٥٦ من مرشد الحيران، ٤٥٧ من مرشد الحيران.

المبحث الخامس
الاعسار

- نظم المشرع المصرى شهر أعسار المدين كوسيله لضمان تنفيذ المدين لالتزامه وحماية الدائنين من تصرفاته الضارة، وتحقيق المساواه بينهم فى المواد من ٢٤٩ مدنى حتى ٢٦٤ مدنى.

- **والاعسار نوعان:**

اعسار فعلى واعسار قانونى: ويقصد **بالاعسار الفعلى** حالة المدين التى تزيد ديونه على حقوقه. فالمدين يعتبر معسرا متى زادت ديونه، سواء أكانت مستحقه الأداء أم غير حاله. فى وقت معين على حقوقه. وهى التى تقصد بالاعسار فى الدعوى غير المباشره والدعوى البوليصيه.

أما الاعسار القانونى: فهو الحالة التى تكون أموال المدين غير كافيه للوفاء بديونه المستحقه الأداء وحدها. وهى وحدها التى تجيز شهر الاعسار بما يترتب عليه من آثار قانونية[1] ، فنصت المادة ٢٤٩ على أنه «يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقه الاداء»، **هذا ويختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى** فى أن الأول خاص بغير التجاره فى حين ان الثانى يختص به التجار. ذلك أنه اذا توقف التاجر عن سداد دين مستحق عليه جاز شهر أفلاسه. **ويتفق الاعسار المدنى والافلاس التجارى** فى أن أحد الدائنين لاينفرد دون الباقى فى الاستئثار بمال المدين، ويتفق الاثنان أيضا فى أن يد المدين تغل فى كل منهما عن التصرف فى أمواله منذ شهر الاعسار ومنذ شهر الافلاس.

ونتناول بالشرح شروط شهر الاعسار، الآثار التى تترتب عليه والانتهاء حالة الاعسار وذلك فى مطالب على الوجه الاتى:-

---

(١) انظر د/ جمال زكى، المرجع السابق، ص ٨٣٠ فقرة ٤٥٢.

المطلب الأول
شروط شهر الاعسار(١)

- نص المشرع على شروط شهر الاعسار فى المواد ٢٤٩ - ٢٥١ فنص المادة ٢٤٩ مدنى على أنه «يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه المستحقه الأداء» ونصت فى المادة ٢٥٠ مدنى على أنه «يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه وتنظر الدعوى على وجه السرعة». وتنص المادة (٢٥١ مدنى) على أنه «على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر اعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به، سواء أكانت هذه الظروف عامه أم خاصه. فتنظر الى موارده المستقبله ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التى أدت الى اعساره ومصالح دائنيه المشروعه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية».

ويتضح من هذه النصوص أنه لايشهر اعسار المدين الا بمقتضى حكم قضائى، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه بشرط أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد ديونه المستحقه الأداء، وبشرط أن يراعى القاضى قبل أن يشهر الاعسار جميع الظروف التى أحاطت بالمدين.

---

(١) انظر تلك الشروطي د/ عبدالرازق السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٩٨٥م ومابعدها، د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة (٩٥) ص ٢١٦ ومابعدها، د/ محمد عمران، المرجع السابق، ص ١٣٤ ومابعدها، د/ جمال زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٣٦ ومابعدها ص ٨٣٠ ومابعدها د/ عبدالرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٩١ ومابعدها فقرة (٨٩).

( ) عدم كفاية اموال المدين للوفاء بديونه المستحقه الأداء: (٢٤٩):

يجب أن يثـبت الدائن أن أمـوال المدين لاتكفى لسـداد ديونه المستحقه الأداء. ولايشترط فى حق الدائن مباشرة الاجراءات أن يكون مستحق الاداء، بل يجوز للدائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يطلب شهر اعسار المدين شريطه ان تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقه الأداء. فاذا كانت اموال المدين كافية للوفاء بديونه المستحقه الأداء. ولو لم تكن بعد ذلك تكفى للوفاء بديونه غير واجبه الأداء - من ذلك مثلا الديون التى لم يحل أجل استحقاقها - فلا يجوز الحكم بشهر اعسار هذا المدين. وقد رأينا أن **الاعسار المقصود فى دعوى شهر الاعسار هو الاعسار القانونى بعكس الاعسار المقصود فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية هو الاعسار الفعلى**، حيث يكفى فيها أن تكون أموال المدين أقل من مجموع ديونه جميعا(1).

ويقع على المدعى، وهو أحد الدائنين فى العادة، عبء اثبات اعسار المدين، ويجوز اثباته بكافة طرق الاثبات (٢٣٩) مدنى **وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقه قرينة على اعساره**، فيتعين على المدين اذا أراد تلافى الحكم بشهر اعساره، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع بأن لديه مايكفى لسداد ديونه المستحقه(2).

( ) وجوب طلب شهر الاعسار: (٢٥٠ مدنى):

يشترط لشهر اعسار المدين أن **يكون بناء على طلب الدائن، ولايشترط ان يكون حق الدائن مستحق الأداء. فللدائن بدين** مؤجل أن يطلب شهر الاعسار بشرط ان يثبت أن أموال المدين لاتكفى لسداد ديونه المستحقه. **فيتوصل بذلك الى اسقاط أجل دينه ويستطيع بالتالى** مشاركه الدائنين الآخرين فى التنفيذ(3).

( ) نقض ٨/٥/١٩٧٨م الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق.

( ) الاسكندرية الابتدائية ٦/٤/١٩٥٠م - مجله التشريع والقضاء سنة ٢ ص ٢١١ رقم ١٢.

( ) د/ عبدالرازق السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٦٩٨.

كما قد يطلب المدين نفسه شهر اعساره، وذلك أن فى نظام الاعسار بعض المزايا للمدين كالحصول على نظرة ميسره فى أداء الديون الحالة، ومد أجل الديون غير المستحقه الأداء، وتمكينه من الحصول على نفقه من ايراداته المحجوزه[1] .

- **وليس للمحكمه ان تشهر الاعسار من تلقاء نفسها، وليس للنيابة العامه ان تطالب به، كما هو الشأن بالنسبه للافلاس التجارى (١٩٦ تجارى).**

جـ- يجب على القاضى ان يراعى الظروف التى احاطت بالمدين قبل أن يشهر اعساره (م ٢٥١ مدنى):

ومؤدى هذا أن للقاضى سلطة تقديريه واسعه تتيح له تقدير جميع ظروف المدين فهو لايحكم بشهر الاعسار الا بعد مراعاة كافة الظروف التى أحاطت بالمدين سواء كانت عامه أو خاصه. وقد يكون فى الاحوال العامه مايستنهض لمصلحة المدين كما لو عرضت له عسرة موقوته فى خلال أزمة اقتصاديه شامله. ويراعى من ناحية اخرى احوال المدين الخاصه التى يكون لها النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصيه، وسنه وحرفته، ومركزه الاجتماعى، ومصالح دائنيه المشروعه، ومدى مسئوليته عن اعساره، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر على حالته المادية[2] .

وقد يرى القاضى من هذه الظروف، أن سبب الاعسار أزمة طارئه وأن المحتمل تحسن أحوال المدين الماليه مستقبلا، ففى هذه الحالة يرفض القاضى شهر الاعسار بالرغم من توافر شروطه.

---

(١) انظر د/ عبدالودود يحيى، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٠٠، د/ أنور سلطان، أحكام الالتزام جـ٢ فقرة ١١٦ ص ١٠٢، د/ عبدالرازق فرج ، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٦٢٢ - ٦٢٣.

المطلب الثانى
اجراءات دعوى الاعسار
وعلانية الحكم الصادر بشهر الاعسار

- إن المحكمة الخاصه بشهر الاعسار هى بنص المادة (٢٥٠ مدنى) «المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين»، كما اوجبت المادة ٢٥٠ مدنى ان تنظر الدعوى على وجه السرعه.

- وقد وفر القانون علانية حكم شهر الاعسار عن طريق قلم الكتاب بالمحكمة الابتدائية التى أصدرته، وكذلك عن طريق قلم كتاب محكمه القاهرة الابتدائية اذ تنص المادة ٢٥٣ مدنى على أنه:

«١) على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الاعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بجسب اسماء المعسرين وعليه ان يؤشر فى هامش السجل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه، وذلك كله يوم صدور الحكم.

٢) وعلى الكاتب أيضا ان يرسل الى قلم الكتاب بمحكمة مصر صوره من هذه السجلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل».

- ويمقتضى المادة ٢٥٤ مدنى يجب على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمه التى يتبعها موطنه السابق. وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن، سواء أخطره المدين أم علم بذلك

من طريق آخر كتنبيه أحد الدائنين - أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها. فنصت المادة ٢٥٤ على أنه «يجب على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق. وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطر المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر أن يرسل على نفقة المدين صوره من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها».

·وبذلك يستطيع كل ذى مصلحة أن يتحقق من مركز المدين بالرجوع الى هذه السجلات.

المطلب الثالث
آثار الحكم بإشهار الاعسار

يترتب على شهر الاعسار نوعان من الآثار. آثار بالنسبة الى المدين وأخرى بالنسبة الى الدائن.

أولا: آثار شهر الاعسار بالنسبة الى المدين:

- وهى تبدأ بتسجيل صحيفة دعوى الاعسار فتنص المادة ٢٥٧ مدنى على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه ان ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته، كما لايسرى فى حقهم اى وفاء يقوم به المدين» **ومن النص المذكور نجد:**

(أ) أنه لايسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من أنه أن ينقص من حقوقه كما لو تصرف فى مال من أمواله، **ولكن يستثنى من هذه الحالة مانصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى من أنه** يجوز للمدين أن يتصرف فى أمواله ولو بغير رضا **دائنيه اذا توافر شرطان:**

١) أن يكون التصرف بثمن المثل. فاذا كان التصرف أقل من ثمن المثل، كان غير نافذ فى حق سائر الدائنين الا اذا قام المشترى بدفع فرق الثمن الذى اشترى به ليصبح ثمن المثل.

٢) أن يقوم المشترى بايداع الثمن ومايكمله الى ثمن المثل خزانة المحكمة على ذمة الدائنين، حتى يتم توزيعه بينهم وفقا لاجراءات التوزيع.

(ب) لايجوز أن يزيد المدين فى التزاماته بأن يستدين مثلا: وهذه القيود تصبح لا أثر لها اذا رفضت دعوى الاعسار. أما اذا حكم بالاعسار فإن الآثار السابقة تسرى من وقت تسجيل صحيفة الدعوى - **وتعزيزاً لحماية الدائنين قرر المشرع توقيع عقوبه التبديد على المدين فى حالتين نصت عليهما المادة ٢٦٠ مدنى:**

١) اذا رفعت عليه دعوى بدين، فتعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر اعساره.

٢) اذا كان بعد الحكم بشهر اعساره أخفى بعض امواله ليحول دون التنفيذ اليها، او اصطنع ديونا صوريه أو مبالغا فيها. وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه.

(جـ) **ويحق للمدين المعسر الحصول على نفقة تقرر له من ايراداته المحجوزه:** حيث اجازت المدة ٢٥٩ مدنى تقرير نفقه للمدين اذا أوقع الدائنيين الحجز على ايرادات المدين وأمواله وأصبح بدون مورد. وتقتطع هذه النفقه من الايرادات المحجوزه لا من رأس المال. فنصت المادة ٢٥٩ مدنى على أنه «اذا وقع الدائنين الحجز على ايرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصه بشهر الاعسار أن يقرر للمدين بناء على عريضه يقدمها، نفقه يتقاضاها من ايراداته المحجوزه ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان التظلم من المدين ومن تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم».

ومن النص السابق نجد للمدين الحق فى أن يتظلم من تقرير رئيس المحكمة اذا كانت النفقه غير كافيه - فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر اذا كان المتظلم هو المدين، وتبدأ من تاريخ اعلان

هذا الأمر، اذا كان المتظلم من الدائنين، ويكون التظلم بطريق المعارضه فى الأمر لدى المحكمة مصدره الأمر، ويحكم فى التظلم على وجه السرعه، ويكون الحكم قابلا للطعن فيه طبقاً لطرق الطعن فى الأحكام التى تصدر على وجه السرعه[1] وتستمر هذه النفقه ساريه حتى تنتهى تصفيه أموال المدين[2].

ثانيا: آثار شهر الاعسار بالنسبة الي الدائنين:

١) يترتب على الحكم بشهر الاعسار ان يحل كل مافى ذمه المدين من ديون مؤجله، وفى هذه الحالة لاتحتسب الفوائد الاتفاقية او القانونية التى كانت تستحق عن الدين لو لم يسقط أجله (المادة ١/٢٥٥ مدنى)، واستثناء من هذه الحالة يجوز للقاضى رغم اشهار الاعسار أن يبقي علي الأجل بل وله ايضا ان يمده بالنسبه للديون الحالة اذا رأى أن فى ذلك وسيله ناجحه تكفل مصالح المدين والدائنين معا. ولايكون ذلك الا فى مواجهة ذوى الشأن من الدائنين وبناء على طلب المدين (٢/٢٥٥ مدنى).

٢) لايسرى أى اختصاص يوضع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة الدعوى حتى ولو كان الدين سابق على التسجيل (١/٢٥٦ مدنى) ذلك لأن الدائنين يبادرون عاده عقب الحكم الذى يصدر بشهر الاعسار الى أخذ حقوق اختصاص على عقارات المدين بناء على الاجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها. **فلكى يتساوى الدائنون جميعا فإنه لايحتج على الدائنين ذوى الحقوق الثابته قبل**

---

(١) د/ عبدالرازق فرج، المرجع السابق ص ٩٧ بند ٩٤ – د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٣ فقره ٩٧ – د/ السنهورى، المرجع السابق، فقره ٩٢٨ ص ٩٣٩.

تسجيل دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل[١] .

٣) لايحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فرديه ضد المدين فلهم ان يقاضوه وأن يحجزوا على أمواله، **ولكن بشرط أن تكون حقوقهم سابقه على تسجيل صحيفة الدعوى** (٢/٢٥٦ مدنى) وفى هذا المعنى يختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى فلا ترفع يد المدين المعسر عن ادارة أمواله. ولا تتخذ ضده اجراءات جماعيه للتنفيذ، بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه فيتخذ باسمه خاصه من الاجراءات الفردية مايسمح به القانون. ويجوز تبعا لذلك لكل دائن ان يحجز على اموال المدين ماكان منها موجودا قبل شهر الاعسار ومايستجد بعده[٢] .

---

(١) انظر د/ محمد عمران، المرجع السابق، ص ١٤١ د/ السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٣٢.

(٢) انظر د/ السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٣٠ ص ٩٣١ - د/ عبدالودود يحيى، المرجع السابق، فقرة ٩٦٩ ص ١٠٦، د/ محمد لبيب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠ ص ٣٥٢.

المطلب الرابع
انتهاء حالة الاعسار

تنتهى حالة الاعسار اما بحكم القاضى أو بقوة القانون.

أولا: انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائي:

يصدر الحكم بانتهاء حالة الاعسار متى زال السبب الذى شهر الاعسار من أجله ويتحقق ذلك فى حالتين نصت عليهما المادة ٢٦١ مدنى:

١) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله، ويستوى فى ذلك ديون المدين التى تكون مستحقه وحل أجلها وقت شهر الاعسار او ديونه التى كانت مؤجله وسقط الاجل الذى كان ممنوحا للمدين عند ماأشهر اعساره، ويتحقق ذلك اذا ورث المدين اموالا او ابدى نشاطا ماليا يزيد فى امواله.

٢) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها وعندئذ تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار الى ماكانت عليه من قبل وفقا للمادة ٢٦٣ مدنى».

- ويصدر الحكم بانتهاء حاله الاعسار من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش تسجيل صحيفة دعوى الاعسار.

ثانيا: انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون:

ينتهى حالة الاعسار القانونية بحكم القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار فتنص

المادة (٢٦٢ مدنى) على أنه «تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار».

ومعنى ذلك أنه متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار فإن حالة الاعسار تنتهى ولو كان السبب الذى أشهر الاعسار من اجله مازال قائما أى ولو لم تكن للمدين اموال تكفى لسداد ديونه، قد راعى المشرع فى ذلك ان مدة الخمس سنوات مدة كافية يستطيع الدائنون خلالها القيام بتصفية اموال المدين[1] .

- هذا ويترتب على انتهاء حالة الاعسار:

* ان يعود المدين الى حالته الطبيعية وتعود الديون المؤجله كما ذكرنا التى لم توف بعد وسقطت آجالها بالاعسار الى آجالها الطبيعية، وذلك بناء على طلب المدين نفسه.
* لايمنع انتهاء الاعسار من الطعن فى تصرفات المدين بمقتضى الدعاوى الثلاث وهى:

الصوريه، والبوليصيه، والدعوى غير المباشرة.

***

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٤ بند ٩٨.

الباب الثاني

- أوصـــاف الالتـــزام

(أ) الشـــــرط والأجـل

(ب) التـــعـــــــــــدد

- الالتـزام التـخـيـرى

- الالتـــزام البـــدلي

(جـ) تعـدد طرفى الالتـزام

- التضامـــــــــــن

- عدم القابلية للانقسام

الباب الثانى

أوصاف الالتزام

Las, ma dalités, des, obligations

- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:

الالتـزام البسـيط: هو الالتـزام الذى لم يلحق به وصف يعدل من آثاره أى مجرد رابطة قانونية تقوم بين شخصين: دائن ومدين ولم يلحق به وصف يعدل من آثاره **والوصف:** هو أمر معين يلحق الالتزام فى احد عناصره ويؤدى الى تعديل آثاره. ويسـمى الالتـزام فى هذه اكلحـالة. بالالتزام الموصوف أو الالتزام المركب.

- وتنقسم اوصاف الالتزام الى ثلاثة أنواع:

١) أوصاف **تتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه** وهى الشرط والأجل.

٢) أوصاف **تتعلق بمحل الالتزام** فتجعل منه الزاما تخييريا او التزاما مدنيا.

٣) أوصاف **تتعلق بأطراف الالتزام،** ويتحقق هذا فى حالة التضامن أو عدم الانقسام .

الفصل الأول

الشرط والأجل

– الشرط والأجل وصفان يلحقان الالتزام فيعدلان من آثاره والشرط كالأجل كلاهما أمر مستقبل، ولكن تأثيرهما على الالتزام ليس واحداً. اذ الشرط يتميز عن الأجل بأنه أمر غير محقق الوقوع ومن ثم فالالتزام المعلق على شرط يكون غير محقق فى قيامه أوفى زواله، أما الالتزام الموصوف بأجل فيكون محقق الوقوع ولكنه مؤجل النفاذ أو الانقضاء.

لذلك ينقسم الفصل الى مبحثين: **الأول**: للشرط. **والثانى**: للأجل.

المبحث الأول

الشـرط

Condition

(أ) تعريف الشرط[١] :

وصف يرد على الالتزام. وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام اذا كان الشرط واقفا أو زواله اذا كان الشرط فاسخا.

ويتميز الشرط كوصف من أوصاف الالتزام أنه لاينشأ الا بالاتفاق عن الشروط التى يستلزمها القانون لترتيب بعض الآثار. فالقانون يشترط لصحة العقد أن يكون العاقد ذا أهلية وان تكون ارادته خالية من عيوب الاراده. والأهلية هنا شرط لصحة العقد مصدره نص القانون.

---

(١) انظر د/ السنهورى، المرجع السابق، فقره ٩٣٩، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٤٩، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٩ ص ٢٨٦ ومابعدها، د/ انور سلطان، المرجع السابق،فقرة ٣٦٥، د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٤١٧.

(ب) أنواع الشرط:

الشرط قد يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا:

١) الشرط الواقف:

هو الشـرط الذى يترتب على تحقيقه وجود التزام: فإن تخلف لايوجد الالتزام[١] ، كتعلق هبه منزل من أب لابنه على زواج الابن ويعتبر الزواج هنا شرطا واقفا يترتب على وقوعه وجود الالتزام.

٢) الشرط الفاسخ:

هو الشرط **الذى يترتب على تحقيقه زوال الالتزام،** كاتفاق المؤجر بالمستأجر على انهاء الايجار فى حالة نقل المستأجر الى بلد آخر فان تحقق النقل انقضى الالتزام الناشئ عن عقد الايجار. كذلك اذا اوصى الزوج لزوجته بمنزل بشرط الا تتزوج بعد وفاته لتنقطع لتربية اولاده، فان الزواج، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ويعتبر شرطا فاسخا، فاذا تحقق ترتب عليه زوال الالتزام أى الوصيه، واذا تخلف تصبح الوصيه باته اى الالتزام نهائى.

وفى بعض الحالات يصعب معرفة ما إذا كان المقصود هو تعليق الالتزام على شرط واقف ام على شرط فاسخ. ففى هذه الحالات يتولى القاضى تحديد نوع الشرط، وذلك بالرجوع الى نيه المتعاقدين وظروف التعاقد وهذه مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة النقض[٢] .

---

(١) - gomaa, theorie, des, sources, des, obligaticns, 1968.
- Alex, weill' les obligations . p? y48.

(٢) د. انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢١٥ ص ١٩٧.

المطلب الأول
الخصائص الواجبه
لصحة التعليق بالشرط

نص المشرع على الخصائص الواجب توافرها لصلاحية الواقعة كشرط: **فنص في المادة ٢٦٥ مدني** على أنه «يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع.

ونص المادة ٢٦٦ مدني على انه:

«١) لايكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالفا للآداب أو النظام العام، هذا اذا كان الشرط واقفا، أما اذا كان فاسخا، فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم.

٢) ومع ذلك لايقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالفا للآداب أو النظام العام، اذا كان الشرط هو الدافع للالتزام».

وتنص الماد ٢٦٧ مدني على أنه «لايكون التزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض اراده الملتزم.

وبمراجعة النصوص السابقة يتضح لنا أن للشرط خصائص هي:

أولا: الشرط أمر مستقبل:

لابد أن يكون الشرط امراً مستقبلا. فإذا كان وجود الالتزام قد علق على أمر وقع فعلاً أو على أمر حاضر فإن الالتزام يكون منجزا، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر وقت اتفاقهما، مثال ذلك: أن

اعدك بجائزة معينه اذا أنت نجحت فى الامتحان، ثم يتضح أن النتيجة قد ظهرت بنجاحك. فهنا يكون الالتزام منجزاً.

ثانيا: الشرط أمر غير محقق الوقوع:

يتعين أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع فإن كان محققا كان الالتزام مضافا الى أجل الا اذا كان الأمر المستقبل المحقق الوقوع مما لايعرف وقت وقوعه كالموت، ومع ذلك اشترط الطرفان وقوعه خلال مدة معينة أو اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع كما لو وهب أب مالا لابنيه على التعاقب بحيث لايؤول الى الثانى الا اذا عاش بعد موت الاول، وكذلك من يتعهد بهبه آخر مالا معينا اذا توفى والده قبل بلوغه سن الرشد، يلتزم بالتزام معلق على شرط لأنه ليس من المحقق أن تتم الوفاه على الوجه المشروط[1] .

ثالثا: أن يكون الشرط ممكنا:

يجب أن تتوافر الامكانية فى الشرط، فإن كان الحادث المعلق عليه الالتزام مستحيلا فإن الشرط يكون باطلا، **فإذا كان الشرط المستحيل واقفا:** فأنه يترتب على بطلان الشرط عدم قيام الالتزام. حيث أن تعليق الوجود على المستحيل يفضى الى استحالة الالتزام، فإذا تعهد شخص باعطاء جائزه لمن يطير فى الهواء مستعملا يديه فقط فإن الالتزام لم ينشأ لاستحالة وقوع الشرط المعلق عليه وجود الالتزام.

أما اذا كان الشرط المستحيل فاسخا: فإن الشرط يكون باطلا وغير موجود أما الالتزام فهو موجود وقائم - ومثال ذلك تعليق انهاء عقد الايجار على بناء المستأجر قصرا فى الهواء، فى هذه الحالة فان الالتزام موجود ولايعد معلقا على أى شرط.

---

(١) انظر السنهورى الوسيط جـ ٣ بند ١٠ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤٠.

والاستحالة هنا قد تكون **ماديه:** ترجع الى طبيعة الاشياء، ومثالها أن يتعهد شخص لآخر بأن يمنحه جائزة اذا اكتشف دواء يديم الحياه. كما قد تكون **الاستحاله قانونية:** نرجع الى حكم القانون ومثالها: أن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالا معينا اذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه فى تركه انسان على قيد الحياه[١] .

رابعا: أن يكون الشرط مشروعا (٢٦٦ مدنى):

يجب الا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب وذلك كالهبه المعلقة على ارتكاب جريمه. ويختلف أثر الشرط غير المشروع تبعا لنوع الشرط:

ففى الشرط الواقف: يكون الشرط باطلا والالتزام باطلا. لأن الشرط فى هذه الحالة بمثابة الباعث الدافع الى التعاقد، ويترتب على عدم مشروعية الباعث بطلان التصرف القانونى ومن ثم فلا ينشأ الالتزام الذى علق وجوده على هذا الشرط [٢] ومثال ذلك اذا وهب شخص سيارته لآخر بشرط ارتكاب جريمة. فان الهبه تكون باطله لأن الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد غير المشروع[٣] .

أما اذا كان الشرط غير المشروع فاسخا:

فان ذلك لايترتب عليه بطلان الالتزام فى ذاته اذا كان الشرط ليس هو السبب الدافع الى الالتزام. وفى هذه الحالة يعتبر الشرط

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

(٢) انظر السنهورى الوجيز فقره ٩٤٢ - د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، فقره ٧٤٧ ، د/ انور سلطان، المرجع السابق، فقره ٢٢٢ ص ٢٠٤ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، د/ عبدالودود يحيى، المرجع السابق، فقره ٧٧٠ ص ١٢٠، د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٢١ ص ٣٧٠، د/ عبدالرازق فرج، المرجع السابق، ص ١١٠/١١١، د/ محمد عمران، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٣) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٣.

وحده كأن لم يكن أو غير قائم، واذا كان الشرط هو السبب الدافع الى الالتزام، فان الشرط فى هذه الحالة يكون عنصرا جوهريا من عناصره ويترتب على ذلك عدم قيام الالتزام ابتداء **ومثل ذلك:** أن يقوم شخص بهبه مال لا مرأه مقابل معاشرتها له معاشره غير مشروعه. ففى هذه الحالة يبطل الشرط وتبطل بالتالى الهبه، لأن الشرط كان هو الباعث الدافع الى التعاقد.

ولقد قيل فى نقد المادة ٢٦٦ مدنى أنها معيبه من زاويتين: اذ كيف يمكن أن يكون الشرط الفاسخ امرا ثانويا فى التعاقد وهو الذى علق عليه المتعاقدان زوال الالتزام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيف يتصور أن الشرط الفاسخ وهو الذى يترتب على تحقيقه زوال الالتزام وكيف يكون هذا الشرط هو السبب الدافع لايجاده[1] .

والصحيح لدينا أن الالتزام لايكون قائما اذا علق على شرط واقف او فاسخ متى كان هذا الشرط غير مشروع.

خامسا: ينبغى الا يكون تحقيق الشرط الواقف متوقفا على محض اراده المدين (م ٢٦٧ مدنى):

وينقسم الشرط من حيث تعلقه باراده الطرفين الى ثلاثة أنواع: شرط احتمالى، شرط مختلط، وشرط ارادى[2] .

(أ) فالشرط الاحتمالى:

هو الذى يتوقف تحققه على الصدفه دون أن يكون هناك دخل لاراده المدين فى حدوثه. وهذا الشرط صحيح ومثال ذلك ان يهب شخص لآخر مالا اذا رزق بمولود.

---

(١) Garbonnier, obligations. p. s o4

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٣.

(ب) والشرط المختلط:

وفيه يتعلق الشرط باراده أحد المتعاقدين وعامل خارجي سواء كان الصدفه أم اراده شخص معين(١) كانتاج الفدان لقدر معين أو الزواج من شخص معين، والشرط في هاتين الحالتين أمر غير محقق الوقوع ولايثور ادنى شك في صحته(٢).

(جـ) أما الشرط الارادى:

هو الذى يكون أمر تحققه رهنا باراده أحد الطرفين. وهو نوعان شرط ارادى بسيط وشرط ارادى محض:

١) **والشرط الارادى البسيط:** يتعلق باراده احد طرفى الالتزام دون أن تكون هذه الاراده مطلقه. بل تتقيد بارادة أخرى غير معينه، أو بظروف اقتصاديه أو اجتماعية، أو ملابسات اخرى كالزواج والنجاح في الامتحان والبيع، والحج مثلا ولاينفى توقفه على اراده احد طرفى الالتزام صفه عدم تحقق الوقوع فيه، مادامت هذه الاراده تتقيد بظروف أخرى **والشرط الارادى البسيط هو شرط صحيح سواء تعلق باراده الدائن أو باراده المدين، وسواء كان شرطا واقفا أو فاسخا(٣).**

٢) أما الشرط الارادى المحض:

فهو لايتطلب تحققه سواء مجرد تعبير عن الارادة يصدر من احد الطرفين فيكون وجود الالتزام أو زواله رهنا بمشيئه أحد الطرفين كأن يهب شخص مبلغا معينا اذا شاء الواهب او اذا طلب الموهوب له، أو أن

---

(١) الدكتور/ السنهورى الوجيز فقره ٩٤١.

(٢) Garbonnier. p. 458

(٣) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤١ ، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٥١، د/ السنهورى، الوسيط جـ ٣ بند ٢٢.

يكون المؤجر أو للمستأجر فسخ العقد فى أى وقت والشرط الارادى المحض الواقف: يقع باطلا اذا تعلق بمحض اراده المدين. أما اذا تعلق بمحض اراده الدائن فهو شرط صحيح ويلاحظ أن هذه الصوره الأخيره تختلف عن صوره الوعد بالتعاقد اذ فيها يترتب على اعلان الدائن رغبته وجود الالتزام بأثر رجعى من تاريخ الاتفاق، فى حين أن العقد الموعود به لايوجد الا من تاريخ اعلان الرغبه[1].

اما الشرط الفاسخ الارادى المحض: فهو شرط صحيح اذ قصرت المادة البطلان على الشرط الواقف فقط[2] وان كان البعض يذهب الى أن الشرط الفاسخ الارادى المحض المعلق على اراده المدين لايكون صحيحا الا فى الالتزامات الزمنيه حيث لايكون للفسخ أثر رجعى. أما فى الالتزامات غير الزمنية حيث يكون للفسخ أثر رجعى فان الشرط الفاسخ الارادى المحض المتعلق باراده المدين يأخذ حكم الشرط الواقف فى هذه الحالة ويكون الالتزام غير قائم كأن يشترط الواهب أن يكون من حقه فى أى وقت فسخ الهبه واسترداد العين الموهوبه بمجرد ابداء رغبته فى ذلك. فاذا أختار الواهب الفسخ فإنه بذلك يعدم كافة آثار الهبه، أى أن بقاء الالتزام يكون متوقعا على محض اراده المدين اذا أراد ازالته من الوجود وبذلك يكون زمام الرابطة القانونية فى يده، ولايكون هناك فرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ فى هذه الصدد بل يكون الالتزام غير قائم فى الحالتين[3].

---

(١) د/ السنهورى، المرجع السابق، بند ١٢، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٥١، اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤١ د/ انور سلطان، احكام الالتزام طبعة ١٩٥٧م بند ٢٣٥.

(٢) نقض بتاريخ ١٩٦٦/٦/٧م نقض م - ١٧ - ١٣٢٣.

(٣) انظر فى هذا الرأى د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤١ ص ٢٨٩ هامش (١).

المطلب الثانى
الآثار التى تترتب على الشرط

- يجب لتحديد الآثار التى تترتب على الشرط، أن تميز بين الوقت السابق على تحقيق الشرط- حين يكون الشرط قائماً والالتزام معلقا، والوقت اللاحق لتحقيق الشرط -أو تخلفه حين يبين مآل الشرط ويجب التمييز فى كل مرحلة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

الفرع الأول
آثار الشرط أثناء مرحلة التعليق

(أ) آثار الشرط الواقف:

تنص المادة ٢٦٨ مدنى على أنه «اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا اذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات مايحافظ به على حقه».

ومن النص المذكور يتضح أن حق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف يعتبر حقا محتمل الوجود ولكن وجوده احتمالى وليس مجرد أمل للدائن. **ويترتب على اعتبار الالتزام محتملا فى فتره التعليق، وليس مؤكدا النتائج الآتية:**

١) لايكون للدائن ان يتخذ الإجراءات التنفيذية اللازمة لاستيفاء حقه. أو أن يقاضي به مدينه فى دين عليه، وليس له أن يلجأ الى الدعوى البوليصيه ويكون للدائن اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظه على حقه

فيجوز له ان يتدخل فى اجراءات القسمه وان يرفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية.

٢) اذا أدى المدين الدين للدائن أثناء فترة التعليق فله أن يسترد ماأداه اذ يكون قد أدى غير المستحق.

٣) لايبدأ التقادم فى السريان بالنسبة الى الالتزام المعلق على شرط الا من وقت تحقق الشرط، لأن الالتزام لايصبح مستحق الأداء الا من هذا الوقت.

٤) لايجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصه فى مواجهة المدين لأن المقاصه تقتضى أن يكون الدينان من درجة واحده وبالتالى لايمكن اجراء المقاصه بين دين معلق على شرط ودين أخريات. علاوه على أن الالتزام المعلق على شرط لايقبل التنفيذ الجبرى ولا التنفيذ الاختيارى.

٥) ان حق الدائن المحتمل ينتقل الى ورثته اذا توفى أثناء فترة التعليق ويجوز له أن يتصرف فيه حال حياته، وأن يوصى به.

(ب) آثار الشرط الفاسخ:

ان الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون موجودا ونافذا أثناء فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال[١] ومن ثم يترتب عليه كافة آثار الالتزام البسيط غير الموصوف:

١) فيسرى فى شأنه التقادم المسقط من وقت العقد، اذا لم يطالب الدائن بحقه.

---

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٢٩م س ٢٣ ص ٢٦١.

٢) يكون للدائن اتخاذ الاجراءات التنفيذيه ورفع الدعاوى البوليصيه والصوريه وغير المباشرة.

٣) اذا وفى المدين بالتزامه كان وفاء صحيحا لأنه وفاء بالتزام مستحق الاداء(١).

٤) يرى غالبية الفقه أنه يجوز اجراء المقاصه الا أنه اذا تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصه بأثر رجعى بزوال الالتزام المعلق بأثر رجعى(٢).

٥) اذا هلكت العين فإنها تهلك على المالك.

الفرع الثانى

آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

- انتهاء التعليق بتحقيق الشرط أو تخلفه:

تنتهى حالة التعليق بتحقق الشرط أو بتخلفه **ولايعتبر الشرط قد تحقق الا اذا وقعت الواقعة المشروطه،** فإذا كان الطرفان قد اشترطا وقوعها خلال فترة معينه فان الشرط يعتبر قد تخلف اذا لم تتحقق الواقعه خلال هذه الفترة ولو تحققت بعد ذلك. واذا لم يحدد موعد لوقوع الواقعه المشروطه ظل الالتزام معلقا مهما طالت المدة الا اذا أصبح من المؤكد عدم وقوعها فيكون الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت(٣) .

---

(١) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٦٤، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٥٥.

(٢) د/ إسماعيل غانم، هامش بند ١٤٦ - د. السنهورى، بند ٥٣٦ - نقض ١٩٧٨/٤/٢٥م الطعن رق ٦٦٥ لسنة ٤٤ق.

(٣) انظر د. السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٣٧ د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤٧، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٥٦. نقض بتاريخ ١٩٧٦/٣/٣١م - م نقض م - ٢٧ - ٨٣٨.

- واذا كان تحقق أو تخلف الواقعه المشروطه قد وقع بغش أو بأهمال من له مصلحة فى ذلك، فلا تجرى آثار تحقق الشرط أو تخلفه حسب الاحوال، كأن يعمد تاجر بعد التأمين على متجره ضد الحريق الى اشغال النار فى المتجر[1].

(أ) **تخلف الشرط:**

١) **اذا كان الشرط واقفا:** وتخلف. فإن حق الدائن وقد كان حقا محتمل الوجود اثناء التعليق، ويصبح عدما. فيزول كل أثر لما اتخذه الدائن من إجراءات للمحافظة على حقه أثناء فترة التعليق. واذا كان الدائن قد تصرف فى حقه المحتمل الى الغير. فإن إنعدام حق الدائن يستتبع زوال آثار تصرفاته[2] .

٢) **اذا كان الشرط فاسخا:**

وتخلف: ترتب على ذلك امتناع زوال الالتزام بصفه نهائية، وتأكد حق الدائن بصفه نهائية، وتتأيد كافة التصرفات التى صدرت منه فى شأن هذا الحق أثناء فترة التعليق بصفه نهائية.

- **تحقق الشرط: الاثر الرجعى:**

١) **اذا كان الشرط واقفا: وتحقق الشرط الواقف:** فان حق الدائن الذى كان محتملا أثناء فترة التعليق، ويصبح حقا

---

(١) انظر د. السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٣٧ د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤٧، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٥٦. نقض بتاريخ ١٩٦٦/٦/٧م - م نقض م - ١٧ - ١٣٢٣.

(٢) انظر/ انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧ ص ٢٠٩ - د/ محمد لبيب، فقرة ٣٢٩ ص ٣٧٦.

مؤكداً واجب النفاذ، بحيث يمكن اجبار المدين على تنفيذه ولايكون ذلك من يوم تحقق الشرط ولكن من وقت الاتفاق على انشائه اعمالا لفكرة الأثر الرجعي للشرط. فنص في المادة (٢٧٠) مدني على أنه:

«١- اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله، انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

٢- ومع ذلك لايكون للشرط أثر رجعي، اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب أجنبي لايد للمدين فيه».

- **والنص السابق يوضح لنا أنه يترتب على فكرة الأثر الرجعي للشرط مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي[1] :**

(أ) تبدأ مدة التقادم المستحقه للدائن، بعد أن أصبح هذا الحق مستحق الأداء.

(ب) يمكن للدائن أن يقوم بالتنفيذ على أموال مدينه، كما يحق له أن يطعن في تصرفاته بالدعوى البوليصيه.

(جـ) اذا قام المدين بالوفاء للدائن قبل تحقق الشرط عن غلط فليس له بعد تحقق الشرط أن يقوم باسترداد ما وفاه لأن الدين يعتبر موجودا من وقت وجود الالتزام أي من وقت الاتفاق على انشائه.

---

(١) السنهوري الوجيز فقرة ٩٥٩ ص ٩٥٩/٩٦٠.

- **أمـا اذا تخلف الشـرط الواقـف:** فـان الالتـزام الذى كـان وجـوده محتملا وقـت التعـليق يـزول وجـوده، ويعتـبر كأن لم يكن أصـلا لأن لتخلف الشـرط أثرا رجعيا، وتـزول من ثم التصـرفات التى أجراها علـيـه الـدائن، وتسـقـط الاجـراءات التـحـفظيـه التى يكون قـد باشـرها[١] .

٢) **بالنسبة للشرط الفاسخ:**

- **اذا كـان الالتـزام مـعلقـا علـى شـرط فـاسخ، وتحـقق الشـرط** فـان الالتزام يعتبر كأن لم يكن منذ البداية، أى يزول بأثر رجعى ويزول كل ماباشره الدائن من اجراءات وتصرفات[٢] .

- **أما اذا تخلف الشرط.** فان الالتزام يستقر نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال وتصبح التصرفات التى اجراها الدائن فى فترة التعليق باته ونهائيه.

الأثر الرجعى للشرط[٣]

- يقـصـد بالاثـر الرجـعى للشـرط أنه **اذا كـان واقـفـا** أصـبح الالتـزام مؤكداً من وقت ابـرام الاتـفـاق المنشئ للالتزام وليـس فـقـط مـن وقـت

---

(١) Alex weill p 1046.

(٢) انفسـاخ العقد كأثر لتحقق الشرط الصريح الفاسخ. توقفه على طلب من تقرر الشرط لمصلحته. علة ذلك، جواز تنازله عن الشرط صراحة أو ضمنا ولو بعد تحققه...» (نقض مدنى فى الطعن رقم ٤٠٥ سنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧م – الطعن رقم ٨١٦ سنة ٤٩ ق بتاريخ ١٩٨٢/٦/٣م.

(٣) انظر د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٤٩ – انظر د. السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٤١، د/ جمـال زكى، المرجع السـابق، بند ٤٥٧. (نقض بتـاريخ ١٩٦٢/١/١١م – م نقض م – ١٣ – ٤٩).

تحقق الشرط ويترتب على ذلك أنه اذا كان المدين قد أوفى بدينه خلال فترة التعليق ثم تحقق الشرط وامتنع عليه الاسترداد، واذا صدر قانون جديد خلال فترة التعليق يشترط الرسميه فى العقد الذى نشأ عنه الالتزام والذى كان القانون السارى عند ابرامه يجعله عقدا رضائيا ثم تحقق الشرط اعتبر الالتزام قد نشأ فى ظل القانون القديم.

- **أما اذا كان الشرط فاسخا** فإنه يترتب على تحقيقه زوال حق الدائن واعتباره لم يوجد اصلا فإن كان المدين قد أوفى كان له الاسترداد.

- الاستثناءات على مبدأ الاثر الرجعى لتحقق الشرط:

ورد فى المادة (٢٧٠) استثناءات ثلاثة على مبدأ الأثر الرجعى لتحقق الشرط يضاف اليها استثناء رابع يقضى بأن أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ «تبقى نافذه رغم تحقق الشرط»[(١)] .

١) إرادة المتعاقدين:

يجوز للمتعاقدين أن يستبعدوا الأثر الرجعى للشرط لأن فكرة الأثر الرجعى تتأسس، كما قدمنا على ارادة المتعاقدين، فاذا تبين أنهما أرادا، صراحة أوضمنا، ترتيب أثر الالتزام، وقت تحقيق الشرط، فقدت تلك الفكرة الأساس الذى قامت عليه وتعين اعمال ماأراده العاقدان.

---

(١) نصت المادة ٢/٢٦٩ على أن «أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذه رغم تحقق الشرط».

٢) طبيعة العقد:

يستثنى من الأثر الرجعى ماتقتضيه طبيعة العقد من أعمال أثر الشرط من وقت تحققه كالشأن فى **الشرط الفاسخ فى العقود الزمنيه** اذ تأبى طبيعتها اعمال أثر تحقق الشرط بأثر رجعى، ومن ثم يقتصر أثر تحقق الشرط الفاسخ فى عقد الايجار على العلاقة بالنسبه الى المستقبل فقط.

٣) استحالة الالتزام بسبب اجنبى قبل تحقق الشرط:

وفى هذا يجب التفرقة بين الشرط الواقف والفاسخ. فإذا هلك محل الالتزام بسبب اجنبى **وكان الشرط الذى علق عليه الالتزام واقفا ثم تحقق الشرط بعد ذلك فإن مقتضى تطبيق الأثر الرجعى هو أن يكون الهلاك على المشترى** – ان كان التصرف بيعا وكان البائع قد سلم المشترى العين المبيعه أو اعذاره – بتسليمها لارتباط تبعه الهلاك بالتسليم فى القانون المصرى. **وأما اذا كان البائع لم يسلم المشترى العين المبيعه فإن الهلاك يكون على البائع.** أما وقد استبعدت المادة (٢٧٠ مدنى) الأثر الرجعى للشرط فى هذه الحالة. فإن الهلاك يكون على البائع سواء تحقق الهلاك قبل أن يتسلم المشترى العين المبيعه أو بعد أن يكون قد تسلمها.

أما اذا كان الشرط فاسخا كانت تبعه الهلاك هى تبعه العقد لاتبعه الشئ فتكون تبعه هلاك المبيع على المشترى اذا كان قد تسلم المبيع[١] .

---

(١) انظر د. السنهورى، المرجع السابق، بند ٥١، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٨٢، د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٥١.

المبحث الثاني
الأجــل
Terme

- **تعريف الأجل:**

– **الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه** ويكفى أن يكون الأمر مستقبلا محقق الوقوع ولو كان لايعرف وقت وقوعه كالموت. دون أن يكون لذلك أثر رجعى (م ٢٧١ مدنى).

– كما لو تعهد شخص آخر بأن يقرضه مبلغ من المال فى خلال سنه.

– فالأجل اذن كالشرط هو أمر مستقبل. غالبا مايكون تاريخا معينا يرتبط به نفاذ الالتزام كالمثال السابق أو انقضائه كالتزام المقترض بأن يرد مبلغ القرض فى تاريخ معين.

– ولكن الأجل يتميز عن الشرط بأنه أمر محقق الوقوع، ولذلك كان الحق المؤجل حقا موجوداً كاملاً وان كان مؤجل النفاذ[1].

– **والأجل قد يكون أجلا واقفا يترتب عليه ارجاء تنفيذ الالتزام، أو أن يكون أجلا فاسخا يترتب عليه انقضاء الالتزام[2].**

– ومن التعريف السابق يتبين أن الأجل **يتميز بالخصائص الآتية:**

١) الأجل أمر مستقبل[3]:

ومعنى ذلك أن الأمر اذا تم فان الالتزام يكون منجزا لا أجلا، ومثل ذلك أن يتعهد شخص لآخر بدفع مبلغ من المال عند

---

(١) Alexweill p. 960.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣١د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ...، د/ السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٥٢ ومابعدها.

(٣) د/ السنهورى، فى الوجيز جـ = فقرة ٩٦٣.

وفاة شخص معين، وأتضح أن هذا الشخص كان قد توفى فعلا وقت التعهد دون أن يعلم المتعهد بذلك. وفى هذا يتفق الأجل مع الشرط كما ذكرنا.

٢) أمر محقق الوقوع:

فاذا لم يكن محقق الوقوع اعتبر شرطا. ويعتبر الوقوع ولو كان تحققه غير معروف (م ٢/٢٧١) كما لو علق نفاذ الالتزام على الموت. ويبنى على هذه الحقيقة أن الأجل يتوقف عليه نفاذ الالتزام لا وجوده. كما هى الحال فى الشرط اذ أنه مادام الأجل محقق الوقوع فيعتبر الالتزام موجودا وانما يؤجل نفاذه. أما الشرط فإن الأمر المستقبل يتوقف عليه وجود الالتزام، اذا كان الشرط واقفا لانفاذه، لأن الأمر المستقبل غير مؤكد حدوثه.

٣) الأجل أمر عارض:

فهو كسائر اوصاف الألتزام الأخرى، عنصراً عارضا وليس عنصرا جوهريا وهو لايقترن بالالتزام الا بعد ان توجد كل عناصر تكوينه ثم يأتى بعد هذا الأجل كعنصر اضافى يمكن أن يقوم الالتزام بغيره. فالأصل فى الالتزام أن يكون منجزا فإن اقترن بأجل كان هذا امر عارضا يأتى ليعدل من اوصاف الالتزام فيتراخى الى وقت معين. أو ينقضى الالتزام بعد انقضاء المدة المحددة لذلك[1] .

---

(١) د/ السنهورى، فى الوجيز جـ١ فقرة (٦٦٥) - د. عبدالرازق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٥

المطلب الأول
مصادر الأجل

- ينقسم الأجل من حيث مصدره الى اجل اتفاقى. وأجل قانونى، أجل قضائى:

١) الأجل الاتفاقى:

- الأجل قد يكون اتفاقيا مصدره الاتفاق الذى قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد أو طبيعة الالتزام كالشأن في الألتزام بتوريد اغذية للمدارس اذ تفيد طبيعته أنه مضاف الى بدء الدراسة، وكالشأن فى الالتزام بعمل يستغرق مدة من الزمن كالتزام الناقل أو المقاول فكلاهما مضاف الى اجل واقف هى المدة اللازمة للنقل أو اتمام البناء، ويحدد القاضى الأجل فى هذه الأحوال مسترشدا بظروف التعاقد والعادات.

٢) الأجل القانونى:

يحدده القانون، مثال ذلك فى الأجل الواقف: المادة ٦٧٣ من قانون المرافعات،٣٨٥ في التنفيذ العقارى، تنص على الزام الراسى عليه المزاد بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة الأشهر التالية لصيرورة البيع نهائيا ومن ذلك ايضا حاله ما اذا المت أزمة اقتصادية فيرى المشرع منعا للتفاليس المتتالية التى تزيد الحالة سوءاً، أن يمنح المدينين مهلة للوفاء بديونهم **ومثال للأجل القانونى الفاسخ:** مانصت عليه المادة (٥٢٨) من القتين المدنى، فبمقتضاها (تنقضى الشركة بموت أحد الشركاء)[١] .

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣١ ص ٢٧٥/٢٧٦.

٣) الأجل القضائى:

وهو مايعرف بنظرة الميسرة. وقد نصت المادة ٢/٣٤٦ مدنى بقولها «يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر الي المدين اجل معقول، أو آجال ينفذ فيها التزامه، اذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من ذلك التأجيل ضرر جسيم».

فنظره الميسرة أجل واقف يمنحه القاضى بشروط خاصه للمدين سئ الحظ فيمهله فى الوفاء، رغم استحقاق دينه مدة معينة انظارا ليساره، وتتميز نظرة الميسرة بأنها أضعف اثرا من الاجل الاتفاقى، فهى لاتمنع من حصول المقاصه ولا من الحق فى الحبس(١).

- الحقوق التى يلحقها وصف الأجل:

ويلحق الأجل كافة **الحقوق المالية سواء كانت عينيه أو شخصية** وأيا كان مصدرها، **عدا حق الملكية** اذ تقتضى طبيعته أن يكون ابديا فلايرد عليه الأجل الواقف أو الفاسخ كما يرد الاجل على الحقوق **المتعلقه بالأحوال الشخصية**(٢).

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٢٧٦.

(٢) انظر د/ السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٦١، ٦٢.

المطلب الثاني
انقضاء الأجل

- ينقضى الاجل، عادة بحلوله، ولكنه قد ينتهى قبل ميعاده أما بالتنازل عنه أو بسقوطه بحكم القانون.

١) حلول الأجل:

يحل الأجل اذا تحقق الأمر المنتظر. الوفاء مثلا أو انقضى الميعاد المضروب. ويكون انقضاؤه دون أثر رجعي.

٢- التنازل عن الأجل:

القاعدة: أن التنازل عن الأجل لايكون الا ممن قرر الأجل لمصلحته ويختلف تطبيق هذه القاعدة باختلاف ما اذا كان الأجل ناسخا أو واقفا:

(أ) الأجل الفاسخ: الأصل أن التنازل عن الاجل الفاسخ لايكون الا من الدائن. الذى له أن ينهي بارادته المنفرده التزام المدين قبل حلول أجله، ويستثنى من ذلك حاله وجود نص او اتفاق يخول المدين انهاء الاجل كنص المادة ٧١٦ التى تخول الوكيل النزول عن الوكاله، **كما تستثنى من ذلك الأصل الحالات،** التى يمتنع فيها على الدائن انهاء الأجل الا باتفاقه مع المدين حيث يكون للأخير مصلحة فى ابقاء التزامه لحين حلول أجله كما لو كان الدائن ملتزما بالتزام مقابل التزام المدين كالشأن فى عقد الايجار، فلا يجوز للمستأجر انهاء التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع لأنه بذلك يضيع عليه حقه فى اقتضاء الأجرة[1] .

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٤د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٦٧، د/ السنهورى، المرجع السابق، بند ٧٦.

(ب) الأجل الواقف: الأصل فى الأجل الواقف أنه مقرر لمصلحة المدين وحدة؛ فليس للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ قبل حلوله. وبالتالى يكون للمدين وحده التنازل عنه بالقيام بالتنفيذ قبل حلول الأجل كالتزام المستعير برد الشئ المعار عند انتهاء أجل العريه أو التزام المقترض برد قيمة القرض. غير أنه **اذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن والمدين معا كما فى القرض بفائده فلايجوز لأيهما أن يستقل بالتنازل عن الأجل،** وانما يكون اتفاقهما على الوفاء قبل الأجل المحدد، وعند الشك يفترض أن الأجل مقرر لمصلحة المدين[1].

ولكن المشرع، تمشيا مع اتجاهه فى محاربة الربا - أجاز - للمقترض بعد انقضاء ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى الغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى اجل لايجاوز سته أشهر من تاريخ هذا الأعلان. وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقه عن ستة الأشهر التالية للاعلان فحسب (م ٥٤٤ مدنى)».

٣) سقوط الأجل:

نصت المادة ٢٧٣ مدنى على أنه «يسقط حق المدين فى الأجل:

١- اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون.

٢ - اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا

---

(١) د/ السنهورى، الوسط جـ ٣ بند ٧٦، د/ انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٨، ص ٢٢، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٤د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٦٧

مـالم يـؤثر الدائن أن يطالب بتكمله التـأمين، أمـا اذا كـان اضـعـاف التـأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه، فـان الأجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً.

٣- اذا لـم يقـدم مـا وعـد فـى العـقـد بتقـديمـه مـن التـأمـيـنات»

ومـن النص السـابق يتضح أن الاجل يسقط فى حالات ثلاث:

(أ) شهر الأفلاس أو الاعسار:

اذا شـهر افـلاس المدين ان كـان تاجراً، أو شـهر اعسـاره ان كـان غيـر تاجـر، حلت ديونه المؤجله. وحكمـه ذلك أن اسـقـاط أجـال الديون تقتضيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين ويسقط الاجل حتى ولو كان للدائن ضمانا عينيا يكفل الدين كرهن رسمي، وحتى لو كان الأجل غير معين[1] والمقصود بالاعسار هو الاعسار القانونى وليس مجرد الاعسار الفعلى.

(ب) سقوط الأجل باضعاف التأمينات:

ويقصد التـأمين الذى يترتب على اضـعـافه سـقوط الاجل التـأمين الخـاص وليس التـأمين العام فـاضـعـاف التـأمين العام لايكفى لسقـوط لأجل الا اذا أدى الى افـلاس المدين المدين أو شـهر اعسـاره وفى هذه الحالة لايكون مرجع سقوط الأجل ليس هو اضعـاف الضمـان العـام لكن افلاس المدين أو اعساره[2].

فحكم المادة ٢/٢٧٣ مدنى يتصرف الى كل تأمين خاص ولو كان قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق لنشوء الدين. بل لايشترط أن يكون ذلك

---

(١) د/ السنهورى، المرجع السابق، هامش بند ٧٢.

(٢) انظر د/ احمد سلامه، أحكام الالتزام فقرة ١٢٢ ص ١١٣.

التأمين الخاص قد أنشئ بمقتضى الاتفاق فلا يشترط أن يكون رهنا، فقد يكون حق اختصاص وهو ينشأ بأمر القضاء أو حق امتياز وهو ينشأ بنص القانون.

ويختلف الحال تبعا لمصدر إضعاف التأمينات فان كان ذلك يرجع الى فعل المدين سواء كان عن عمد أو أهمال كان للدائن الخيار بين طلب اداء الدين أو طلب تأمين اضافى، أما اذا كان اضعاف التأمينات راجعا الى سبب اجنبى لايد للمدين فيه كان الخيار للمدين الذى يكون له أن يتوقى سقوط الأجل بتقديم تأمين كاف ولايلزم فى هذه الحالة بتكملة التأمين الأصلى[1] أو أن يقوم بالوفاء بالدين فوراً.

(جـ) تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من التأمينات:

يقسط الأجل أخيراً اذا لم يقدم المدين ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات كرهن أو كفالة فأنه يترتب على ذلك سقوط حقه فى الأجل. فالدائن لم يرض بالأجل الا اعتماداً على التأمين الموعود.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٥ د/ السنهورى، المرجع السابق، بند ٧٣. د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٦٦، وقضت محكمة النقض بأن «يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدنى على أن حق المدين فى الأجل لايسقط اذا كان اضعاف التأمينات بفعل الدائن ينزل عن رهن دون أن يرجع فى ذلك الى اراده المدين الراهن» ١٩٦٩/٢/١١م نقض م - ٢٠ - ٣٠٢.

المطلب الثالث

آثار الأجل(١)

يلزم **التفرقة بين الأجل الواقف. الأجل الفاسخ.** فالاجل الواقف وحده هو الذى يعتبر وصفا يلحق بالالتزام فيعدل من آثاره.

أولا) الأجل الواقف:

نتناول بيان آثار الاجل الواقف قبل حلوله ثم آثاره بعد حلوله.

(أ) آثار الأجل الواقف قبل حلوله:

تنص المادة ١/٢٧٤ مدنى على أنه «اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فإنه لايكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات مايحافظ به على حقوقه وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول».

- والنص السابق يوضح لنا أن الالتزام المقترن بأجل واقف حق مؤكد الوجود ولكنه غير مستحق الاداء فوراً أى غير نافذ.

١) ويترتب على ان حق الدائن حق مؤكد الوجود مايأتى:

- أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات التحفظية مايحافظ به على حقوقه، كالقيام بقيد الرهن الضامن للدين، وتجديد

---

(١) انظر د./ السنهورى، الوجيز بند ٩٧١، ٩٧٢ - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، بند ٧٥٩ د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٧، ١٣٨ د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق، فقرة ٨٥/٨٤، د/ أحمد سلامه، المرجع السابق، بند ١١٩.

القيد والتدخل فى الدعاوى التى يرفعها المدين أو ترفع عليه والتدخل فى إجراءات القسمه التى يكون المدين طرفا فيها كما أن يرفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصوريه أما الدعوى البوليصيه فهى لاتجوز للدائن الا اذا كان حقه مستحق الأداء.

- ونصت المادة ١/٢٧٤ على أنه للدائن كذلك أن يطالب بتأمين اذ خشى افلاس مدينة أو اعساره وأستند فى ذلك الى سبب معقول فإذا لم يقم بتقديم التأمين المطلوب كان من حق الدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياسا على حكم المادة ٢/٢٧٣ مدنى والتى تقضى بسقوط حق المدين فى الأجل، اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات.

- للدائن أن يتصرف فى حقه للغير.

(٢) ويترتب على أن حق الدائن غير نافذ مايأتى:

- لايستطيع الدائن أن ينفذ بحقه قهراً عن المدين، واذا رفع دعوى بحقه قبل حلول الأجل كان للمدين أن يدفع بعدم قبولها.

-لايجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصه القانونيه بين حقه المؤجل وبين ماقد ينشأ فى ذمته من دين لمدينة، فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهرى فلا تقع الا بين دينين مستحقى الأداء. (م ١/٣٦٢).

- لما كان الالتزام غير نافذ قبل انتهاء الاجل، فللمدين اذا أوفى به جاهلا قيام الأجل أن يسترد ماأداه، اذ هو قد دفع غير المستحق (م ١/١٨٣)، وانما يشترط لجواز الاسترداد أن يكون المدين

جاهلا قيام الأجل، والا تضمن الوفاء المعجل معنى التنازل عن الأجل.

٤) لايسرى التقادم المسقط مادام الأجل قائماً لأن التقادم لايسرى الا بالنسبة للحقوق حالة الأداء، (م ٢/٣٨١).

(ب) آثار الأجل الواقف بعد حلوله:

متى انتهى الأجل الواقف أصبح الالتزام نافذا فيصبح حق الدائن مستحق الأداء غير أن انتهاء الأجل ليس له أثر رجعي فلا يعد الالتزام نافذا الا من تاريخ انتهاء الأجل فحسب كما تبدأ مدة التقادم فى السريان، وتجوز المقاصه بين حق الدائن وبين أى حق آخر منجز[1].

ثانياً الأجل الفاسخ:

نتناول بيان آثار الأجل الفاسخ قبل حلول الاجل ثم بعد حلول الأجل.

(أ) آثار الأجل الفاسخ قبل حلول الأجل:

اذا كان الأجل فاسخا كان حق الدائن قبل حلول الأجل مؤكداً ومستحق الاداء، ولكنه يحقق الزوال عند حلول الأجل.

١) ويترتب على أن حق الدائن مؤكداً الوجود ومستحق الأداء مايأتى:

- يستطيع الدائن أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه.
- يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق.

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٢٧ - د. السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٧٧، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٦١.

- تقع المقاصه القانونية بين حق الدائن المقترن بأجل، وبين دين مستحق على الدائن لمصلحة المدين.

٢) ويترتب على أن حق الدائن محقق الزوال عند حلول الأجل:

ان هذا الحق ينتقل الى الخلف العام والخلف الخاص بهذه الصفة أى بكونه حقا محقق الزوال فهو حق مؤقت بطبيعته فتكون تصرفات صاحبه فيه مؤقته كذلك(١).

(ب) آثار الأجل الفاسخ بعد حلول الأجل:

اذا حل الأجل الفاسخ سواء بانقضائه أو بسقوطه أو بالزوال عنه انقضى الحق المقترن بالأجل من تلقاء نفسه وان كان يجوز مد الأجل باتفاق الطرفين، ويترتب على زوال الحق بحلول الأجل زوال جميع التصرفات التى اجراها صاحب الحق كالايجار من الباطن أو النزول عن الاجارة. ولكن انقضاء الحق بحلول الأجل ليس له أثر رجعى فلا يعتبر الالتزام المقترن بأجل فاسخ منقضيا الا من تاريخ حلول الأجل(٢).

---

(١) انظر د. السنهورى، المرجع السابق، بند ٦٧/٦٨.

(٢) انظر د. السنهورى، المرجع السابق، بند ٧٨، د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ١٣٨، د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٤٦٢، د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢١٦ ص ٢٦٧، د/ انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٤ ص ٢١٩ وأنظر الفقه الفرنسى مارتى ورينو جـ٢ فقرة ٧٣٧ ص ٧٤٦.

الفصل الثاني

التعدد

- تعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام:

ان وصف التعدد قد يرد على محل الالتزام وقد يرد على طرفي الالتزام.

ولهذا نتناول بالشرح كل من تعدد محل الالتزام، تعدد طرفي الالتزام كلا في مبحث.

المبحث الأول

تعدد محل الالتزام

- قد يرد الوصف على محل الالتزام، ويكون الالتزام عندئذ اما تخيريا أو بدليا.

وسوف تبدأ بدراسة الالتزام التخييرى ثم الالتزام البدلي.

المطلب الأول

الالتزام التخييرى

اولا: تعريف:

الالتزام التخييرى هو التزام يكون فيه المدين ملتزما بأحد أمرين أو بأحد أمور متعدده. وقد عبرت عن ذلك المادة ٢٧٥ مدنى بأن يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعدده تبرأ ذمه المدين براءة تامة اذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

ومثال الالتزام التخييرى: حالة ما اذا التزم احد المتقاسمين لارض فى نظير وقوع القسم الأكبر من الأرض فى نصيبه، أن يعطى

للمقاسم الآخر منزل أو مبلغا من النقود حتى يتم بذلك التعادل مابين النصيبين، فان المتقاسم الملتزم يصبح مدينا بأحد شيئين: المنزل أو المبلغ من النقود، والخيار هنا للمدين[١].

ومما سبق يتضح لنا أن محل الالتزام التخييرى هو اذن أحد **شيئين حسب** الاحوال وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين الالتزام البدلى كما سترى لأن محل الالتزام البدلى هو شئ واحد يقوم مقام شئ آخر.

- والأصل ان الخيار فى الالتزام التخييرى **يكون للمدين.** كما ذكرنا فى المثال السابق، **مالم يتفق المتعاقدان أو يقضى القانون ان يكون الخيار للدائن** ومثال ذلك مانصت عليه المادة ١٠٤٨ مدنى من أن الخيار يكون فيها للدائن بقولها:

«١) اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو فى تلفه كان الدائن المرتهن مميزا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فوراً.

٢) فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب اجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا، أو أن يوفى الدين فوراً مثل معدل الأجل.

وفى الحالة الأخيرة اذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين».

وخلاصة القول: أن الخياره يكون تاره للمدين وتاره للدائن

---

(١) انظر د. السنهورى، الوجيز، بند ٤٩٤.

فالأصل ان الخيار للمدين مالم يتفق المتعاقدان أو يقضى القانون أن يكون الخيار للدائن.

مدة الخيار: يبقى الخيار لمن له الحق فيه المدة المحددة أو المدة المعقوله اذا لم تكن هناك مدة محدده. فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه، جاز للطرف الآخر ان يرفع الأمر الى القضاء فيجبر من له حق الخيار على استعماله، أو يقوم القضاء مكانه فى ذلك[1].

ثانيا: احكام الالتزام التخييرى:

اشتملت المواد ٢٧٦، ٢٧٧ مدنى على احكام الالتزام التخييرى ونصت المادة ٢٧٦ مدنى **على ذلك بقولها:**

«١) اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الأختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام.

٢) أما اذا كان الخيار للدائن امتنع عن الأختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك، فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين».

ونصت المادة ٢٧٧ مدنى بأنه:

«١) اذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعدده التى اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحده من هذه الاشياء كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه».

---

(١) انظر د. السنهورى، الوجيز، بند ٤٩٥.

ومما سبق نجد ان المادة ٢٧٦ مدنى عالجت حالة امتناع صاحب الحق فى الخيار عن استعماله وعالجت المادة ٢٧٧ مدنى حالة استحالة تنفيذ احد الأداءات او جميعها قبل استعمال حق الخيار.

(أ) حالة امتناع صاحب الحق فى الخيار عن استعماله(١):

اذا كان الخيار للمدين: وامتنع عن الخيار، سواء كان مدينا واحدا، أو مدينين متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين، أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى تعيين محل الالتزام«م ١/٢٧٦ مدنى».

اما اذا كان الخيار للدائن: وأمتنع عن الاختيار، سواء أكان دائنا شخصا واحدا، أو كانوا أشخاصا متعددين، ولم يتفقوا على رأى واحد، كان للمدين أن يلجأ الى القاضى ليقوم بتحديد موعد استعمال الحق فى الخيار، **فاذا انقضى هذا الموعد ولم يختر الدائن انتقل الخيار للمدين.**

(ب) حكم الهلاك:

اذا استحال تنفيذ أحد محلى التخيير بسبب أجنبى قبل استعمال حق الخيار، فان الالتزام لاينقضى بل يتحدد محله فى الشئ الآخر.

اما اذا شملت استحالة التنفيذ جميع الامور التى يرد التخيير عليها فان الالتزام ينقضى طبقا للقواعد العامه.

ولقد تناولت المذكرة الايضاحية للمادة ٢٧٧ مدنى تفصيل حكم الاستحلة **اذا كانت بخطأ المدين** أو ماذا هلك أحد محلى التخيير فان محل الالتزام يتركز فى الشئ الباقى، لأن المدين لايستطيع أن يقهر

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم، بند ١٥٤، د/ جمال زكى، بند ٤٧٢ - د/ عبدالرازق فرج، بند ١٣٣.

الدائن على قبول التعويض عن الشئ الهالك، انما يكون التنفيذ العينى ممكنا فى الشئ الباقى[1].

أما اذا هلكت محال التخيير جميعا فان المدين يكون ملزما بأن يدفع قيمة أخر شئ استحال تنفيذه (م٢٧٧).

- **واذا كان الخيار للدائن:** وكانت استحالة التنفيذ راجعه الى خطئه، فانه فى هذه الحالة يجب الرجوع الى القواعد العامه. التى تفرق بين ما اذا كانت الاستحاله شملت الشيئين معا فهنا تبرأ ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعوضه عن قيمة احد الشيئين وفقا لما يختاره الدائن لأن الخيار له.

أما اذا هلك احد الشيئين فتبرأ ذمة المدين من التزامه الا اذا رأى الدائن استيفاء المحل الآخر. على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به بسبب خطئه.

(جـ) الأثر الرجعى لاستعمال حق الخيار:

لاستعمال حق الخيار. أثر رجعى فيعتبر محل الالتزام منذ نشوئه محلا واحداً هو ماوقع عليه الأختيار، ويترتب على ذلك أنه اذا كان الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات فان الدائن يعتبر مالكا للشئ الذى وقع عليه الأختيار من وقت العقد لا من وقت الأختيار[2].

---

(١) انظر الوجيز للسنهورى، فقرة ٩٩٣ د/ انور سلطان، فقرة ٢٤٨ ص ٢٣١ د/ محمد لبيب شنب، فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٥/٣٨٦ - د/ أحمد سلامة فقرة ١٢٧ ص ١٩٦.

(٢) انظر السنهورى، الوجيز بند ٤٩٦ - د/ إسماعيل غانم، بند ١٥٤، د/ جمال زكي، بند ٢٧٢ - د/ انور سلطان، بند ٢٦٢. وقارن الدكتور عبدالحى حجازي، في النظرية العامة للالتزام جـ١ ص ١٩٨ حيث يرى ان استعمال حق الخيار بمثابة تعيين محل الالتزام فلا يكون له أثر رجعى».

المطلب الثانى
الألتزام البدلى

(أ) تعريف:

الالتـزام البـدلى هو التـزام يكون فيـه المدين ملتـزمـا بشئ واحـد، ولكن له أن يحل بدل هذا الشئ شيئاً آخر.

ومثـال ذلك: اذا ماهلك عقار مابقوه قاهرة فان المدين فى هذه الحالة يكون ملتزما بشئ واحد هو أن يفى بالدين ولو قبل حلول الأجل. ولكن له أن يحل بدل وفاء الدين تقديم تأمينات أخرى وهذا ماعبر عنه المشرع فى المادة ٢٧٨ مدنى بقوله:

«١) يلم يشمل محله الا شيئا واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئاً آخر.

٢) والشئ يشمله محل الالتزام، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحدة محل الالتزام، وهو الذى يعين طبيعته».

(ب) التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى:

يتميز الالتزام البدلى عن الالتزام التخييرى فى **أن الالتـزام البـدلى لـه** محل واحد، وتبرأ ذمة المدين مع ذلك ان هو وفى للدائن بشئ آخر. **وأما الالتـزام التخييـرى** فان له محال متعدده، فكل من الاشياء المتعدده يعتبر محلا للالتزام ويمكن للدائن المطالبه به متى وقع عليه الاختيار، فالالتزام التخييرى هو اذن التزام

متعدد المحال، وأما عن الالتزام البدلي، فان الذى يرد فيه فقط هو محل الوفاء[1].

- ويترتب على هذه التفرقة الهامة بينهما عدة نتائج أهمها[2]:

(أ) ان الالتـزام البـدلى ينقـضى اذا أصبح الوفـاء بالمحل الأصـلى مستحيلا بسبب اجنبى لايد للمدين فيه فتـبرأ ذمة المديـن، ولو كان من الممكن الوفـاء بالبـديل. وهـذا بخـلاف الحـال فى الالـتـزام التخـييـرى. أمـا اذا استحـال الوفـاء بالبـديل فـان الالتـزام يظـل قائـماً.

(ب) تتحدد طبيعة الالتزام ان كان بدليا بالشئ الأصلى لا بالبـديل. وهكذا، يمكن معرفة ما اذا كان الالتـزام قد تعلق بعقار أو منقول. وأما فى الالتزام التخييرى فإنه لايمكن أن تحدد طبيعة الالتزام الا بعد الاختيار.

(جـ) فى الالتزام البدلى تقع المطالبة القضائية على الشئ الأصلى دون البـدل، ويسـتطيع المدين بعد ذلك أن يعـرض علـى الدائـن البـدل بـدون الشـئ الأصلى قـبل الحكم أو بعـد الحكم. أمـا فـى الالتـزام التخـييـرى. اذا كـان الخـيار للمـدين فلا تقع المطالبة القضائية علـى شـئ دون الآخـر الا بعـد أن يتـم خـيـار المدين رضـاء أو قضاء[3].

---

(١) انظر عبدالرازق السنهورى الوجيز بند ٤٩٨.

(٢) انظر د/ إسماعيل غانم، بند ١٥٥ - د. السنهورى، الوجيز بند ٤٩٨.

(٣) د. السنهورى، الوجيز بند ٤٩٨ ص ٥٠٦ - د/ انور سلطان ص ٢٣٢، بند ٢٤٩.

المبحث الثانى
تعدد طرفى الالتزام

- الأصل فى الألتزام أن يكون بسيطا، ومن ثم ينقسم اذا كان متعدد الأطراف[١]:

الاصل فى **الألتـزام أن يكون بسـيطا** فـيقـتصـر على رابطة بـين دائن واحد ومدين واحد. فاذا **كان الالتزام متعدد الأطراف.** بأن تعدد طرف الدائنين كما اذا مات المورث وترك حقا له فى ذمة مدين فيرثه ورثة متعددون يصبحون دائنين جميعا لمدين المورث. أو طرف المدينين كما اذا مات المورث وترك دينا فى ذمته لدائن. فيرث الدين ورثة متعددون ويصبحون هم المدينين مكان المورث (أما فى الشريعة الاسلامية فالتركة هى المدينة) أو هما معا فى التزام واحد بدون تضامن. فان الحق أو الدين يقسم بينهم. أى تتعدد الالتزامات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعا قد نشأت من مصدر واحد.

ويترتب على ذلك:

١) لايطالب الدائن الا بنصيبه ولايطالب المدين الا بقدر حصته.

٢) اذا أعسر احد المدينين فان الدائن يتحمل تبعه هذا الاعسار دون بقية المدينين المشتركين مع المدين المعسر فى الالتزام.

٣) اذا أعذر الدائن مدينة أو قطع عليه التقادم استفاد وحده من هذا الاعذار أو القطع دون بقية الدائنين.

---

(١) انظر د. السنهورى، بند ١١٧ حتى ١١٢ د/ إسماعيل غانم، بند ١٥٦، د/ جمال زكى، بند ٤٧٨. - د/ انور سلطان بند ٢٦٦ د/ محمد عمران ص ١٦٤ ومابعدها.

مما سبق يتبين لنا اذا تعدد المدينون بدون تضامن انقسم الدين بينهم: وهذا ليس فى مصلحة الدائن لأنه يحمل حصة المدين المعسر.

ولتلافى ذلك نجد ان الدائن كثيرا مايشترط التضامن بين المدينين أو عدم تقسيم الالتزام فيتحملوا وهدهم، دون الدائن، اعسار أحدهم.

واذا كان الأصل ينشأ الالتزام بسيطا. واذا تعددت أطرافه فانه ينقسم بينهم. الا أن القانون قد عنى بتنظيم صورين لاتنطبق فيهما قاعدة انقسام الالتزام وهما:

التضامن، وعدم القابلية للانقسام.

المطلب الأول
التضامن
Solidarité

- التضامن قد يكون تضامنا سلبيا أى اذا تعدد المدينون بالتزام واحد، وقد يكون ايجابيا أى اذا تعدد فيه الدائنون.

والتضامن ايجابيا كان او سلبيا، انما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون.

وسوف نبدأ أولاً **بدراسة التضامن السلبى**، ثم نلى ذلك بدراسة **التضامن الايجابى**:

الفرع الأول
التضامن السلبى

- التضامن السلبى هو حالة يكون فيها كل مدين ملتزما، قبل الدائن فيجيز للدائن أن يطالب احد المدينين بكل الدين، لابقدر حصته فحسب.

فاذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين يصبح كل منهم مسئولاً امام الدائن عن كل الدين، فإذا وفى احدهم بالدين كله برئت ذمته وذمة سائر المدينين فى مواجهة الدائن. وللمدين الموفى أن يرجع بعد ذلك على كل مدين بقدر حصته فى الدين.

اولا: مصدر التضامن[١]:

التضامن بين المدينين لايفترض، فلا يقوم التضامن الا بنص فى القانون أو بند فى العقد وهذا ماعبر عنه المشرع فى المادة ٢٧٩ بقوله «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لايفترض، وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون»: ومن النص السابق يتضح لنا ان هناك مصدرين للتضامن هما:-

(أ) الاتفاق: أصل أنه اذا تعدد المدينون أنقسم الدين بينهم، ولكن اذا اشترط الدائن على مدينيه ان يلتزموا بطريق التضامن. التزموا جميعا متضامنين قبله. فاذا لم تكن بنود العقد واضحة فى قيامه انقسم الدين على الدينين المتعددين، ولايكونوا متضامنين فيه لأن التضامن لايفترض.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥١.

ولايقصد بالاتفاق على التضامن أن يكون الاتفاق صريحا فقد تنصرف اليه الاراده ضمنيا، ويشترط لذلك أن تكون دلالة الاقتضاء واضحة لاخفاء فيها، فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب ان يفسر لنفى التضامن لا لاثباته[١]. والتضامن لايفترض سواء فى المسائل المدنية أو المسائل التجارية[٢].

القانون: قد يكون مصدر التضامن هو نص القانون. وقد نص القانون على حالات تقرر التضامن حيث وردت فى نصوص كثيره مبعثرة بين طيات التقنين المدنى والتقنين التجارى، وهذه النصوص وارده على سبيل الحصر، ولذلك لايجوز القياس عليها ونذكر منها على سبيل المثال:

(أ) **فى القانون المدنى**: قررت المادة ١٦٩ مدنى أنه اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر.

كما نصت المادة ١/٦٥١ م ٢ مدنى على أن:

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٥١.

(٢) انظر د/ محمود جمال زكى، ص ٨٨٠، وعكس ذلك ذهب الفقه، والقضاء فى فرنسا، حيث يستند الى افتراض التضامن فى المسائل التجارية الى قاعدة عرفيه، وجدت فى القانون الفرنسى القديم، واستمرت قائمة فى ظل المجموعة المدنية خلافا لحكم المادة ١٢٠٢ منها، نظراً لغلبه العرف فى المعاملات التجارية، وعبء اثبات وجوده يقع وفقا للقاعدة العامه، على من يدعيه (انظر بلانيول وريبير جـ٧ فقرة ١٠٦٦).

وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٨/١٢/٢٦م نقض م – ١٩ – ١٥٦٥ بأنه «لايفترض التضامن ولايؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد الى نص فى القانون او الى اتفاق صريح او ضمنى وعلى قاضى الموضوع اذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف افادته هذه العبارات والظروف.

«١) يضمن المهندس المعمارى والمقاول **متضامنين** مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان او أقاموه من منشآت...» فمسئولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء كليا أو جزئيا تكون تضامنيه. والقانون هنا هو مصدر هذا التضامن.

(ب) **فى القانون التجارى:** تقضى المادة ٢٢ منه أن الشركاء فى شركة التضامن يسألون على وجه التضامن عن جميع ديون الشركة. كما تقضى المادة ١٣٧ أيضاً أن صاحب الكمبياله وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن.

(جـ) **فى القانون الجنائى:** تقضى المادة ٤٤ أن المحكوم عليهم فى جريمة واحده بالغرامه يكونون متضامنين فى دفعه مالم ينص الحكم على خلاف ذلك.

ثانيا: آثار التضامن السلبى:

(أ) التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى:

وضحنا أن الالتزام التضامنى يقصد به مسئولية المدينين تضامنيا عن دين واحد تجاه الدائن بحيث يستطيع الدائن أن يطالب احد المدينين بكل الدين، لابقدر حصته أى أن **الاثر الرئيسى للتضامن، هو منع انقسام الالتزام.** الا أن ذلك يقتصر فقط على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. **أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فان الدين ينقسم عليهم.**

كما يتميز الالتزام التضامنى السلبى بوحده مصدر التزام جميع المدينين فاذا كان التضامن السلبى مصدره الاتفاق كان **ذلك العقد** هو

مصدر التزام كل من المدينين المتعددين المتضامنين، واذا كان مصدره نص القانون كالشأن فى التزام الوكلاء المتعددين أو كالشأن فى التزام المسئولين المتعددين عن العمل غير المشروع كان مصدر التزام كل من الوكلاء هو عقد وكاله واحد، وكان مصدر كل من المسئولين المتعددين هو عمل غير مشروع واحد.

غير أن هناك صورة أخرى يتعدد فيها المسئولون عن ذات الدين اى **تتعدد الروابط مع وحدة المحل دون أن يكون هناك تضامن بين المدينين المتعددين** وهى الصورة التى يتعدد فيها مصدر التزام كل من المدينين المتعددين، وتعرف بالمسئولية المجتمعه ويسميها استاذنا السنهورى «الالتزام التضاممى»[1].

- **ومثالها**[2]:

حالة ما اذا اجتمعت مسئولية المدين عن الاخلال بالتزامه التعاقدى بمسئولية شخص من الغير خطأ تقصيريا ساهم فى احداث الضرر بالدائن.

كما لو أخل عامل بتعهده مع صاحب المصنع فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض الضرر الذى أصاب صاحب المصنع الأول تعويضا كاملا، فالعامل مسئول عن تعويض كامل على أساس الخطأ العقدى، وصاحب المصنع المنافس مسئول ايضا عن تعويض كامل على

(١) انظر د. السنهورى، الوسيط جـ١ فقرة ٦٢٠ ص ٥٢٠، وهامش ص ١٠٥٣، جـ٣ فقرة ١٧٦ - ١٧٧.

(٢) انظر فى هذا المثال د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢٥٩، ص ٣١٧.

أساس الخطأ التقصيرى، فتكون هناك مسئولية مجتمعه أو تضامميه عن دين واحد.

وتظهر أهمية التفرقة بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامنى فى نتيجتين[١].

اولهما: تتعلق بانقسام المساهمه فى الالتزام أى بانقسام الدين فيما بين المدينين المتعددين اذ وفى حين يكون لمن أوفى بالدين من المدينين المتضامنين حق الرجوع على الآخرين بحكم آثار التضامن التى تترتب على وحدة مصدر التزامهم.

فان رجوع من أوفى من المدينين المتعددين فى الالتزام التضاممى بكامل الدين على الآخرين يتوقف على ماقد يكون بينهم من علاقه.

ثانيهما: أنه فى حين توجد بين المدينين المتضامنين نيابة تبادليه فان هذه النيابة لاتوجد بين المدينين فى الالتزام التضاممى فلا تنطبق عليهم الأحكام المبينه على هذه النيابة والتى نص عليها المشرع لصدور التضامن.

(ب) التمييز بين الكفالة والتضامن السلبى:

يفترق التضامن السلبى عن الكفالة فى ان التزام كل من المدينين

---

(١) انظر د. السنهورى، جـ ٣ بند ١٧٥ ص ١٧٧ – انظر د/ إسماعيل غانم، بند ١٥٩، انظر د/ انور سلطان بند ٢٩٨ – وقضت محكمة النقض بتاريخ ٢١/٣/٦٨م نقض م ١٩ – ٥٦٩ بان متى كان الحكم قد اعتبر الطاعنه بمقتضى الاقرار الموقع منها، والذى تعهدت فيه بسداد جميع ديون البنك قبل زوجها مدينة منضمه الى زوجها المدين الاصلى ورتب على ذلك جواز مطالبه البنك الدائن لأى منهما بكل الدين، فان هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه اذ ليس فى القانون مايمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامنين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل ايهما».

المتضامنين التزام أصلى، فى حين أن التزام الكفيل التزام تبعى احتياطى لالتزام المدين الاصلى، ومن ثم ينقضى حتما بانقضاء التزام الاصيل أو ابطاله أو فسخه، فى حين أن انقضاء أو ابطال أو فسخ التزام احد المدينين المتضامنين قد يرجع الى سبب خاص فلا يؤثر فى التزام باقى المدينين[1].

ثالثا- ولتفصيل آثار التضامن السلبى بعد أن فرقنا بينه وبين المسئولية المجتمعه او التضامم، وبينه وبين الكفاله. نبين:

(أ) آثار التضامن في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين.

(ب) آثار التضامن فى علاقة المدينين فيما بينهم.

(أ) آثار التضامن السلبى بين الدائن والمدينين المتضامنين:

تتعدد الروابط التى تربط الدائن بمدينيه المتضامنين بقدر هؤلاء المدينين، ومحل كل رابطة هو الدين بأكمله، فإذا اقرض شخص: (أ)، (ب) مبلغا من المال بطريق التضامن قامت رابطتان:

الأولى: تربط الدائن بالمدين (أ)، ومحل هذه الرابطة هو الدين كله.

والثانية: تربط الدائن بالمدين (ب) ومحل هذه الرابطه أيضا هو الدين كله.

ومن هذا نجد أن علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين تقوم على مبدأين أساسيين:

---

(١) انظر د/ إسماعيل غانم، بند ٧ ج١، ص ٣١٣. وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٨/١/٩م نقض م ١٩ - ٢٠ بأن التضامن بين المدينين لايجوز افتراضه ويجب أن لايكون محل شك فى العباره التى تضمنته. فاذا لم يكن واضحا بجلاء فسرت العباره لمصلحة المدينين لأن الأصل هو عدم تضامنهم. ومؤدى ذلك مرتبطا بنص الفقرة الأولى من المادة ٦ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤م بشأن الضريبه على العقارات المبنية أن يكون مالك الأرض التى أقيم عليها البناء المطالب بضريبته كفيلا متضامنا مع مالك البناء فى أداء هذه الضريبة باعتباره التزام مالك الأرض التزاما تابعا لالتزام مالك البناء المدين اصلا بالضريبة.

المبـــدأ الأول: هو وحدة محل الالتزام.

والمبدأ الثاني: هو تعدد الروابط(١).

المبدأ الأول: وحدة محل الالتزام:

- يتـرتب على وحـدة مـحل الالتـزام الذى يلتـزم به كل من المدينين المتضامنين النتائج الآتية:

(أ) يجـوز للدائن أن يطالب أى مـدين بكل الدين وهذا مـاعـبـر عنه المشرع فى المادة ٢٨٥ مدنى بقوله «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتـضـامنين بالدين كله مـجـتـمـعين أو منفـردين «واذا توفى أحـد المدينين المتضامنين فوفقا للقانون الفرنسي ينتقل الدين منقسما الى ورثته. فلا يستطيع الدائن ان يطالب أى وارث بالدين كله، بل يطالبه فقط بقدر حصته فى التركه.

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ٦١/٣/١٦ - م نقض م - ١٢ - ٢٣٤ بأن تفسير القواعد الخاصه بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحده الدين وتعدد الروابط. ومن مقتضى الفكرة الاولى فى التضامن السلبى يكون كل من المدينين المتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن ان يوجه مطالبته الى من يختاره منهم على انفراد أو اليهم مجتمعين واذا وجها الى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود بمطالبته المدينين الآخرين أو أى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين كما أن له اذا ماطالبهم مجتمعين اما القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجمله الدين فى احدهم أو بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستنزال حصة من حصة التنازل عن مطالبته منهم ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقله ومتميزة عن الروابط التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمه فان عيوب رابطة منها لاتتعداها الى رابطة أخرى، واذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فان زوال هذا الالتزام لايمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحدا ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحدة الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولايكو له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لاتستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها... وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ مدنى».

أما فى القانون المصري - وفقا للمبدأ السائد فى الشريعة الاسلامية والذى يقضى بألاتركة الا بعد سداد الديون - فان الدين لاينتقل الى الورثه، بل تسأل التركه عن الدين بأكمله(١).

(ب) يجوز لكل من المدينين المتضامنين أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقه بأصل الدين كالدفع ببطلان الالتزام لعدم مشروعيته أو لانعدام سببه، وكالدفع بعدم التنفيذ، والدفع بهلاك العين محل الالتزام والدفع بالتقادم وهذا مانصت عليه المادة ٢/٢٨٥ مدنى بأنه لايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصه بغيره من المدينين، ولكن يجوز له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصه به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا».

(جـ) اذا وفى أحد المدينين بكل الدين برئت ذمته وبرئت ذمة سائر المدينين فى موا؛جهة الدائن، فلا يستطيع الاخير أن يرجع على أى منهم بعد ذلك (م ٢٨٤م) ولايخل هذا بحق المدين الموفى فى الرجوع على سائر المدينين المتضامنين كل بقدر نصيبه من الدين. واذا رجع الدائن على أحد المدينين المتضامنين فوفى بجزء من الدين فقط، فالدائن أن يرجع بعد ذلك بالباقى على أى من المدينين المتضامنين الآخرين.

(د) اذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين وترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم ليحل محله التزام جديد - ترتب على ذلك براءة ذمة باقى المدينين فى موا؛جهة الدائن « إلا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم» (م ٢٨٦ مدنى).

---

(١) د. السنهورى، الوجيز فقرة ١٠٢٥ - د/ سليمان مرقص فقرة ٧٧٤.

المبدأ الثانى: تعدد الروابط:

يتجلى تعدد الروابط التى تربط المدينين بالدائن واستقلال كل رابطة عن الاخرى فى الأحوال التى يختلف فيها مركز أحد المدينين المتضامنين عن مركز سائرهم. هذا ويترتب على ذلك مايلى:

(أ) قد تكون رابطة احد المدينين منجزه، ورابطة غيره موصوفه بأن تكون مقترنه بأجل أو معلقه على شرط. ففى هذه الحالات يجب على الدائن أن يراعى فى مطالبه المدينين المتضامنين مايلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين» (م ١/٢٨٧). فلا يجوز للدائن مطالبة من كان التزامه مؤجلا أو مشروطا الا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط.

(ب) قد تنقضى رابطة أحد المدينين بسبب خاص به كالمقاصه القانونية أو اتحاد الذمه أو الابراء التقادم، ومع ذلك تظل الروابط الأخرى قائمة، فيستطيع الدائن ان يرجع على مدين متضامن آخر، وليجوز لهذا المدين ان يتمسك بسبب الانقضاء الخاصه الا بقدر حصه المدين الذى انقضى التزامه. وقد نصت على ذلك المواد ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩١، ١/٢٩٢.

(جـ) قد تكون رابطة أحد المدينين صحيحه، ورابطة الآخر معيبه بسبب كونه ناقصى الأهلية أو لأن ارادته يشوبها عيب من عيوب الاراده كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال، فلا يستطيع أن يتمسك بالبطلان الا من كانت رابطته معيبه، ولايجوز ذلك لمن كانت رابطته صحيحه. وقد عبر عن ذلك المشرع فى المادة ٢/٢٨٥ بقوله «لايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصه بغيره من المدينين».

(ب) آثار التضامن السلبى فى علاقه المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر:

تقوم هذه العلاقة على فكرتين: انقسام الدين، النيابة التبادلية الناقصة:

١) انقسام الدين:

لاوجود للتضامن بين المدينين الا فى علاقاتهم بالدائن أما فيما بين المدينين فإن الدين ينقسم عليهم على حسب نصيب كل منهم. فإذا وفى احد المدينين بكل الدين انقضت رابطه التضامن ويعود الدين منقسما بين المدينين الى حصص متساويه مالم تعين حصة كل مدين فى العقد أو مالم يوجد نص فى القانون يقضى بغير ذلك (م ٢/٢٩٧).

ويستطيع المدين الذى وفى بكل الدين أن يرجع على غيره من المدينين باحدى دعوتين الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول. وسواء رجع المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول فإنه لايستطيع ان يطالب غيره من المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم، وهذا مانصت عليه المادة ١/٢٩٧ بقولها «اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»..

واذا وجد المدين الموفى أن أحد المدينين معسرا فتوزع حصة المعسر على سائر المدينين، وفى ذلك تقول المادة ٢٩٨ «اذا أعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

٢) النيابة التبادلية:

من أبرز القواعد التى تحكم علاقة المدينين المتضامنين بالدائن قاعدة النيابة التبادليه. وقد قصر التقنين المدنى أعمال هذه النيابة على ماينفع دون مايضر[1] وهى لذلك نيابة ناقصة بحيث يكون كل مدين فى هذه الحدود، نائبا أمام الدائن عن باقى المدينين. وقد طبقت هذه الفكرة، فى نصوص كثيرة على قطع التقادم ووقفه والصلح مع أحد المدينين المتضامنين على الادوار والمطالبه القضاية، خطأ احد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه.

٣) قطع التقادم ووقفه:

التقادم سبب من أسباب انقضاء الالتزام - على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد في الباب الرابع فان اتخذ الدائن اجراءا قاطعا للتقادم فى مواجهة أحد المدينين (م ٣٨٣ مدنى) أو أقر أحدهم بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا (م ٣٨٤ مدنى) فلن ينقطع التقادم الا بالنسبه لهذا المدين، ويظل التقادم ساريا بالنسبه للباقين.

واذا قام مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب أحد المدينين بحقه (م ١/٣٨٢) فلا يقف سريان التقادم بل يسرى التقادم بالنسبه اليهم فى المدة التى ظل فيها موقوفا بالنسبة لزميلهم. كل هذا تطبيقا لقاعدة النيابة فيما ينفع لا فيما يضر[2].

وقد عبرت عن ذلك المادة ٢/٢٩٢ بقولها «اذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين، فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل اقى المدينين».

---

(١) السنهورى الوسيط بند ١٩٦.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم بند ١٧٢.

٤) خطأ أحد المدينين المتضامنين:

اذا ارتكب احد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه ترتب عليه أن أصبح مسئولا عن التعويض أمام الدائن، فإن هذا المدين وحده هو الذى يكون مسئولا عن هذا الخطأ ولايتعدى ذلك الى سائر المدينين الآخرين(١).

وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١/٢٩٣ بقوله «لايكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله».

٥) الاعذار والمطالبه القضائية:

اذا أعذر الدائن احد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين (لأن أعمال النيابة يضرهم).

أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار (لأن أعمال النيابة تنفعهم) وقد نص المشرع فى المادة ٢/٢٩٣ مدنى على ذلك بقوله «اذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين. أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن. فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار».

٦) الصلح:

اذا تصالح الدائن مع احد المدينين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون (لأن اعمال النيابة تنفعهم).

---

(٢) د. عبدالرازق فرج، المرجع السابق ص ١٤٩.

أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لاينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه (لأن أعمال النيابة تضرهم).

وقد نصت المادة ٢٩٤ مدنى على ذلك بأنه «اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون. أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لاينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه».

٧) الاقرار واليمين:

اذا أقر احد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين (م ١/٢٩٥) وكذلك اذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه الى الدائن يمينا فحلفها فلا يضار بذلك باقى المدينين (لأن أعمال النيابة هنا يضرهم) (م ٢/٢٩٥).

واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى احد المدينين المتضامنين فحلف. فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك (لأن أعمال النيابة ينفعهم) (م ٣/٢٩٥).

٨- حجية الأحكام[1]:

اذا صدر الحكم على أحد المدينين المتضامنين، بغير أن يكون باقى المدينين داخلين فى الدعوى، لايسرى الحكم عليهم ولايمكن الاحتجاج عليهم به (م ١/٢٩٦ - مدنى).

اما اذا صدر الحكم لأحد المدينين المتضامنين، بغير ان يكون باقى المدينين داخلين فى الدعوى، فانهم يفيدون منه ويكون لهم أن يحتجوا به. الا اذا كان الحكم مبينا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢/٢٩٦ مدنى).

---

(١) انظر د/ جمال زكى بند ٥٠٢ - د/ اسماعيل غانم بند ١٧٧.

الفرع الثانى
التضامن الايجابى

- يكون التضامن ايجابيا اذا تعدد الدائنون بحق واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم، فان الحق ينقسم عليهم، فلا يكون لأى منهم أن يطالب الا بجزء من هذا الحق، هذا هو الأصل، مالم يتفق على خلافه فيجوز الاتفاق بين الدائنين على أن يكون لكل منهم المطالبه باستيفاء كل الحق. **وكما يقوم التضامن السلبى على مبادئ ثلاثة:** وحدة الدين، وتعدد الروابط، ومبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر، فأن **التضامن الايجابى يقوم أيضا على هذه المبادئ الثلاثة:** وحدة الحق وتعدد الروابط ويوجد أخيراً بين الدائنين المتضامنين نيابة فيما ينفع لا فيما يضر. وانقسام الالتزام بينهم على التفصيل الذى رأيناه فى تضامن المدينين (التضامن السلبى).

اولا - آثار التضامن بين الدائنين:

يترتب على التضامن بين الدائنين آثار هامه فى علاقتهم بالمدين وفى علاقات بعضهم بالبعض الآخر.

أ- آثار التضامن بين الدائنين المتضامنين والمدين:

القاعدة التى تنظم العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين تتخلص فى أن كل دائن متضامن يعتبر، فى استيفاء الدين من المدين، أصيلا عن نفسه ونائباً عن سائر الدائنين فى حصصهم، فيكون استيفاؤه للدين مبرئاً لذمه المدين نحو سائر الدائنين. أما فى أسباب الانقضاء الاخرى، فليس الدائن نائبا عن الدائنين الآخرين، بل هو أصيل عن نفسه فحسب، ومايقع من هذه الاسباب يقتصر عليه وحده ولايتعداه

الى سائر الدائنين. ثم ان نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضا في كل من شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين دون الأعمال التي يكون من شأنها أن تضر بهم»[١].

ويترتب على ذلك الآثار الآتية:

١) **يجوز للمدين أن يوفي الدين لأي دائن**، فتبرأ ذمته قبل جميع الدائنين ولكن اذا رفض الدائن قبول الوفاء كان للمدين أن يوفي به اليه وفاء جبريا عن طريق العرض والايداع، ويكون وفاؤه في الحالين مبرئاً لذمته قبل باقي الدائنين، كما أن هذا الدائن لايستطيع أن يجبر المدين على الوفاء الجزئي بحصته، غير أن ذلك لايمنع اتفاق الدائن مع المدين على الوفاء له بحصته في الدين فتبرأ بذلك ذمة المدين بقدر هذه الحصة ويبقى مسئولا عن الباقي قبل كل من الدائنين المتضامنين[٢].

وقد أجيز لكل دائن أن يعترض على هذا الوفاء من المدين لأحدهم بكامل الدين فيذهب البعض الى انه يتعين على المدين أداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام[٣].

ويرى البعض الآخر أن المدين يمكنه في هذه الحالة الوفاء للدائن المعترض بقدر حصته ثم الوفاء بباقي الدين لأي من باقي الدائنين[٤].

---

(١) انظر د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط جـ٣ فقرة ١٣٢.

(٢) انظر د. السنهوري، بند ١٣٢ – د/ جمال زكي، بند ٤٨٢ – د/ انور سلطان بند ٢٧٣، د/ إسماعيل غانم، بند ١٨١.

(٣) د/ إسماعيل غانم، بند ١٨١ – د/ انور سلطان احكام الالتزام بند ٢٧٤ ص ٢٨٤ طبعة ١٩٧٥م.

(٤) انظر د. السنهوري، الوسيط جـ ٣ فقرة ١٣٣ ص ٢١٥ وهامش ٢.

- ونتيجة لذلك اذا اتخذ أحد الدائنين اجراءات المطالبة وجب على المدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن او لمن انضم اليه فى تلك الاجراءات من الدائنين، فلا يحتج بما قد يقوم به بعد هذه المطالبة من وفاء لغيرهم من الدائنين[1] (م ١/٢٨١) - ويجب على الدائنين في مطالبتهم للمدين بمراعاة مايلحق روابطهم من أوصاف تعدل من أثر الدين، فاذا كان الدين مؤجلا بالنسبه لأحد الدائنين، فلا يجوز له أن يطالب باستيفائه قبل حلول الأجل.
- هذا ويستطيع المدين ان يحتج على الدائن الذى يطالبة بالوفاء «بأوجه الدفع الخاصه بهذا الدائن» (م ٢/٢٨١ مدنى).
- واذا توفى أحد الدائنين المتضامنين فلا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة هذا الدائن المتوفى كل بقدر نصيبه فى التركه بحيث لايجوز للمدين أن يفي بالدين لأحد الورثة الا بقدر نصيبيه، كما لايستطيع كل وارث مطالبة المدين بوفاء الدين له الا بقدر نصيبه كل هذا بشرط الا يكون الدين غير قابل للانقسام (م ٢/٢٨١).

٢) **يسرى مبدأ النيابة التبادليه بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر وقد أشارت** المادة ٢/٢٨٢ مدنى الى استبعاد مبدأ النيابة التبادلية كلما كان في الأخذ به مايسئ الى مركز الدائنين المتضامنين. فاذا قام أحد الدائنين برفع الدعوى على المدين، فان فوائد التأخير تسرى من تاريخ رفع الدعوى ويستفيد من ذلك جميع الدائنين وليس الدائن الذى رفع الدعوى وحده، وعلى عكس

---

(١) د/ إسماعيل غانم، بند ١٨١ - د/ انور سلطان بند ٢٧٣ وقارن الدكتور/ السنهوري، هامش بند ١٣٣.

هذا اذا قام أحد الدائنين بابراء المدين من الدين، فان الدائنين الآخرين لايفيدون من هذا المبرئ، اذ أنه لايجوز لأحد من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بباقى الدائنين (م ٢٨٢ مدنى).

ثانيا: آثار التضامن فيما بين الدائنين المتضامنين:

تطبق قاعدة الانقسام على الدائنين المتضامنين فيما بينهم وقد عبر المشرع عن ذلك فى المادة ٢٨٣ مدنى بقوله:

«١) كل مايستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الذين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه.

٢) وتكون القسمه بينهم بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

والنص السابق يعنى ان مايستوفيه أحدهم ينقسم عليهم ويكون من حقهم جميعا ولو كان جزءاً من حقهم. بحيث يلتزم من استوفى الدين منهم بأن يؤدى الى كل الباقين قدر حصته منه وتسرى هذه القاعدة أيا كانت طريقة استيفاء الدين أى سواء أكان الدائن قد استوفاه رأسا من المدين أو من كفيل أو من محال عليه.

هذا وتتم القسمه بين الدائنين على حسب حصصهم المحدده فى الاتفاق المنشئ للتضامن، فاذا لم يوجد اتفاق بينهم - تمت القسمه بالتساوى (م ٢٨٣ مدنى)(١).

---

(١) انظر د. السنهورى، بند ١٤٧ د/ جمال زكى، بند ٤٨٣ د/ إسماعيل غانم، بند ١٨٤.

المطلب الثانى
عدم القابلية للانقسام

- تثور مشكله قابليه الالتزام للانقسام اذا تعدد أطرافه: المدينون أو الدائنون. ولاتثور فكرة عدم قابليه الالتزام للانقسام اذا كان المدين به شخصا واحدا وكان الدائن به أيضا شخصا واحدا. لأن المدين يلتزم بوفاء هذا الالتزام كاملا لدائنه سواء كان الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل:

- أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام[1]:

ترجع أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام الى سببين هما: طبيعة المحل أو اشتراط عدم تجزئة الوفاء (م ٢٠٠ مدنى).

(أ) طبيعة المحل:

قد يرجع سبب عدم انقسام الالتزام الى طبيعة محله. كأن يكون الالتزام بتسليم حيوان حى، وكذلك فان الالتزام بالامتناع عن عمل معين كالتزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى التزام لايقبل الانقسام بطبيعته أى لايتجزأ[2].

(ب) أما عدم الانقسام المشروط:

فيرجع عدم الانقسام هنا الى مجرد الاتفاق على عدم تجزئة الوفاء.. وهذا الاشتراط قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفه خاصه من الغرض المقصود من الالتزام. كما لو

---

(١) انظر د. السنهورى، الوجيز بند ١٠٥١ ومابعدها - د/ إسماعيل غانم، بند ١٨٥.

(٢) انظر د. عبدالرازق فرج، المرجع السابق ص ١٥٤.

أشترى شخص أرضا من عدة ملاك وكان مفهوما فى العقد أنه قصد أن يقيم عليها مصنعا، فلا يصح الوفاء من كل مالك بقدر حصة الشائعه بل يجب الوفاء بالكل[1].

وقد يتقرر عدم الانقسام بنص القانون كما فعل المشرع فى المادتين ١٠٢٤، ١٠٢٥ مدني حين نص على عدم تجزئة حق الارتفاق.

- آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام:

ان الاثر الجوهرى لعدم قابلية الالتزام للانقسام هو وجوب الوفاء به جملة واحده، فالالتزام غير القابل للانقسام لايقبل الوفاء الجزئى.

وتظهر أهمية عدم القابلية للانقسام عندما يتعدد المدينون أو الدائنيون أما ابتداء عند انشاء الرابطة القانونية، وأما بعد ذلك اذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفي الالتزام.

أما حيث لايتعدد الدائن ولا المدين فانه يتعين الوفاء بالالتزام كاملاً، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى[2].

- آثار عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين:

اذا تعدد المدينون كان كل منهم ملتزما بوفاء الدين كاملا (م ١/٣٠١ مدنى) ويكون للموفى الرجوع على الباقين كل بقدر حصته والأصل أن حصصهم متساويه الا اذا حددت فى الاتفاق او فى نص

(١) د/ إسماعيل غانم، بند ١٨٥ ص ٣٤٨.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٠٤.

القانون نسبه أخرى لكل منهم، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك (م ٢/٣٠١ مدنى) كأن يكون هو صاحب المصلحة من الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من المدينين الآخرين[1].

واذا انقضى الالتزام، بسبب غير الوفاء، بالنسبة الى أحد المدينين، فأنه نظراً لعدم قابليته للتجزئة، ينقضى كذلك بالنسبه لباقيهم على نقيض مارأيناه فى الالتزام التضامنى.

واذا كان أحد المدينين معسرا، تحمل الباقون نصيبه كل، بقدر حصته»[2].

- آثار عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين:

اذا تعدد الدائنين جاز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملا كما هو الحال فى التضامن الايجابى، الا اذا اعترض أحد الدائنين على ذلك فيلتزم المدين بأداء الدين للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام (م ١/٣٠٢ مدنى)، واذا استوفى احد الدائنين الدين كله، كان للباقين الرجوع عليه كل بقدر حصته (م ٢/٣٠٢ مدنى). وتقوم النيابة التبادلية فيما بين الدائنين فيه فيما فيه نفع لهم لافيما يضر بهم[3].

---

(١) د. السنهورى، الوجيز بند ١٠٥٩ د/ احمد سلامة ص ١٣٥ فقرة ١٥٣، محمد لبيب شنب فقرة ٣٩٥ ص ٣٥٦.

(٢) د/ جمال زكى، المرجع السابق بند ٥١١.

(٣) أنظر د/ اسماعيل غانم بند ١٨٦ ص ٣٥٢.

الباب الثالث
انتقال الالتزام

الفصل الأول
حـوالة الحق

الفصل الثاني
حـوالة الديـن

الباب الثالث

انتقال الالتزام

Transmission, des, obligations

- تمهيد:

- يراد بانتقال الالتزام أن يحل شخص جديد محل الدائن وذلك هو الانتقال الايجابى وسمي «بحوالة الحق» أو محل المدين وهذا هو الانتقال السلبى. وسمى «بحوالة الدين» والجوهرى في الحالتين أن الالتزام ذاته يظل كما هو رغم تغيير أحد طرفيه فيكون للدائن الجديد ذات الحق الذى كان للدائن القديم ويلتزم المدين الجديد بنفس التزام المدين القديم.

هذا وتعرض لحواله الحق، وحواله الدين في فصلين:

الفصل الأول

حوالة الحق

- تعريف:

- حوالة الحق هى عقد ينقل به الدائن حقه الشخصى الى آخر يحل محله فى اقتضاء الحق من المدين. ويسمى الدائن «محيلا» والدائن الجديد المتنازل له يسمى «المحال له» ويسمى المدين «المحال اليه».

- وسوف نبدأ أولاً بدراسة شروط انعقاد الحواله، ثم شروط نفاذ الحواله فى حق المدين والغير وأخيراً آثار الحواله.

المبحث الأول
شروط انعقاد الحوالة

- نصت المادة ٣٠٢ مـدنى على أنه **«يجوز للدائن أن يحول حقـه الى شـخص آخـر، الا اذا حـال دون ذلك نص فـى القـانون أو اتفـاق المتعاقدين أو طبيعـة الالتزام، وتتم الحوالة دون حـاجة الى رضـاء المـديـن»**. والنص السـابق يوضح لنا أن الحـوالة تتم باتفـاق الدائن «المحيل والمحال له «الدائن الجديد» دون حاجة الى رضاء المدين فـهو ليس طرفا فى الحوالة. وبالتالى فالحوالة عقد بين المحيل والمحال له ولهذا يلزم أن يتوافر هذا العقد الشروط التى يجب توافرها فى العقد بصفة عامه من ناحية توافر رضـاء طرفى العقد والا يكون رضاؤهم مشوب بعيب من عيوب الرضـا وأن يكون كـلا من المتعاقدين أهلا لابرام هذا العقد.
- والحوالة عقد رضائى وليس شكلى ولهذا لايشترط لانعقاده توافر أى شكليـة مـعينة الا اذا كـانت هبـة من المحيل الى المحـال له فـيـجب افراغها فى قالب شكلى.
- والأصل أن الحوالة ترد على جميع الحقوق الشخصية أيا كان محلها سواء كـان نقودا أو مثليات أو عـملا او امتناعا، وسواء كـان الحق مدنيا أو تجاريا، وأيا كان وصفها سواء كانت منجزه أو مضـافه الى أجل أو معلقه على شرطة، أو متنازعـا فيـهـا أمام القضـاء، وسواء كانت من الحقوق المستقبله الجائز التعامل فيها، وأيا كان سندها سواء كانت ثابته فى سند رسمى أو عرفى أو غير ثابته فى سند – غير انه يشترط حسب صريح نص المادة ٣٠٣ مدنى أن **لايحول دون ذلك نص القـانون**: ومثال ذلك ماتنص عليه المادة ٦٣٩ مدنى من أنه

«ليس للمستعير أن يستعمل الشئ المعار الا على الوجه المعين وبالقدر المحدد، وذلك طبقا لما يبينه العقد او تقبله طبيعة الشئ أو يعينه العرف. ولا يجوز له دون اذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع». ومعنى هذا أنه لايجوز للمستعير دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع. لأن الاعتبار الشخصي فى هذا النوع من انواع العقود قائم وهام. وكذلك نص المادة (٣٠٤) مدنى على أنه **«لايجوز حوالة الحق الا بمقدار مايكون منه قابلا للحجز»** فإذا كان الحق غير قابل للحجز فى جزء منه فحسب فلا تمتنع الا فى حدود ذلك الجزء ومثال ذلك: المرتبات والأجور التى لايجوز الحجز عليها الا في حدود الربع، فإنه لاتجوز حوالتها أيضا الا فى هذه الحدود ذلك لأن الحوالة تعطى للمبدل الحق فى أن يقتضي الحق المحال من الملتزم بالحق المحال به، ولو أبيحت الحواله لما كان لمنع الحجز من جدوى ولجأ دائن صاحب الحق الى الحصول على موافقته على الحواله تجنبا للحجز(١).

- **كما قد ينص القانون على منع الحواله فى بعض الحقوق كما هو الحال فى الحقوق غير القابله للحجز، كدين النفقه.**
- **أيضا يشترط طبقاً لنص المادة ٣٠٣ الا يحول دون ذلك اتفاق المتعاقدين:** قد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحواله فيتقيد الدائن بهذا الاتفاق، مثال ذلك حالة ما اذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الايجار للغير(٢) أو ماجرت عليه

---

(١) انظر جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ٢٣٢.

(٢) نصت المادة ٥٢٣ مدنى على أنه «للمستأجر حق التنازل عن الايجار من الباطن. وذلك عن كل ما استأجره أو بضعه مالم يقضى الاتفاق بغير ذلك.

مصلحة السكة الحديد وشركات النقل العام من اشتراط عدم جواز التصرف فى الاشتراكات[1].

- وقد **يكون منع الحواله راجعا الى طبيعة الالتزام ذاته** بغير حاجة الى اتفاق خاص (م ٣٠٣ مدنى). كما هو الشأن فى الالتزامات التى يكون فيها **لشخصية المتعاقد الاعتبار الاول من ذلك** أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين.

المبحث الثانى
شروط نفاذ الحوالة

اولا: التميز بين انعقاد الحوالة ونفاذها فى علاقة طرفيها، وبين نفاذها فى حق المدين والغير:

١) سبق أن أوضحنا عند التحدث عن شروط انعقاد الحواله وفى شرح المادة ٣٠٣ مدنى أن حوالة الحق **تنعقد بمجرد اتفاق الدائن المحيل والمحال له دون حاجة الى رضاء المدين او اعلانه بالحوالة أو قبوله لها**. ومن ثم فهى ككل عقد تنفذ وتنتج آثارها فيما بين طرفيها من تاريخ انعقادها ومن قبل اعلان المدين بها أو قبوله لها انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له بكل ضماناته وتوابعه فيلتزم المحيل من ذلك التاريخ بتسليم المحال له سند ذلك الحق وضماناته وتمكينه من هذه الضمانات ويترتب عليها من التاريخ نفسه التزام المحيل بالضمان المنصوص عليه فى المواد ٣٠٨ حتى ٣١٢ كما **يترتب عليها آثار العقد التى تنطوى عليه الحواله سواء كان بيعا أو وفاء بمقابل أو هبه بعوض أو هبه خالصه.**

٢) **أما نفاذ الحواله فى حق المدين أو الغير** فالمقصود به الاحتجاج بآثار تلك الحواله عليهما وهو مرهون بقبول المدين للحواله أو أعلانه.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٥٨

بها فقبل ذلك لاتكون الحواله نافذه فى حق المدين أو الغيربمعنى أنها لاتنتج أثرها فى حقهما. فإذا أوفى المدين الدين الى الدائن بعد انعقاد الحواله وقبل إعلانه بها او قبوله لها كان الوفاء مبرئاً لذمته، ولم يكن مسئولا قبل المحال له بشئ، وان كان قبول الدائن المحيل لهذا الوفاء يعتبر اخلالا منه بالتزامه قبل المحيل فتسرى فى شأنه أحكام ضمان المحيل، كما تسرى فى شأنه احكام العقد الذى تنطوى عليه الحواله[1].

ثانيا: شروط نفاذ الحواله قبل المدين والغير:

تنص المادة (٣٠٥ مدنى) على ان الحواله **«لاتكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».**

والنص السابق يوضح لنا أن الحوالة لاتكون **نافذه فى حق المدين أو الغير**[2]. الا أنه اذا كان نفاذ الحواله تم عن طريق قبول المدين فإنه يكفى هذا القبول لنفاذها فى حق المدين ولو لم يكن ثابت التاريخ[3]، فى حين **يشترط لنفاذها بمقتضاه فى حق الغير** أن يكون ثابت التاريخ.

---

(١) انظر د/ السنهورى، الوسيط، الجزء الثالث بند ٢٧٣ ص ٥٦٢ ومابعدها.

(٢) المقصود بالغير كل من يضار بالحوالة لتعلق حق خاص له بالحق المحال به بوصفه لازال فى ذمة المحيل لم ينتقل منه الى المحال له. فاذا أحال الدائن حقه الى شخصين على التوالى كان كل منهما غيرا بالنسبة الى الحواله الصادره الى الآخر واذا رهن الدائن حقه ضمانا لدين عليه كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبه الى المحال له، واذا عجز دائن المحيل على الحق المحال به كان من الغير بالنسبه الى المحال له وانظر د/ اسماعيل غانم، بند ١٩٣ - د/ السنهورى، بند ٢٦٤، انور سلطان بند ٣٢٩، جمال زكى بند ٥١٨.

(٣) انظر د/ السنهورى، بند ٢٦٥.

وتتوافر للمدين المصلحة فى التمسك بعدم نفاذ الحواله فى حقه بمجرد عدم قبول لها أو أعلانه بها[١].

ولما كان القصد من اشتراط القبول هو الدلاله على علم المدين بالحواله، لذلك يجب، لكى تكون الحواله نافذه قبل، أن يكون قبولاً لاحقا لانعقاده، فلا يكفى اذن أن يقرر المدين فى سند الدين أنه راض مقدما بحواله الحق للغير. غير أنه لايشترط فى القبول اللاحق أن يكون صريحا، فالقبول الضمنى الذى يستخلص مثلا من وفاء المدين ببعض الدين للمحال له كاف لنفاذ الحواله قبله.

- والاعلان يكون بورقة رسميه من أوراق المحضرين. وهو يكون بناء على طلب المحيل أو المحال له. ولايكفى الاعلان الشفوى أو بخطاب ولو كان مسجلا. ويقوم مقام الاعلان بالحواله اعلان صحيفة الدعوى أو التنبيه بالوفاء الذى يسبق التنفيذ[٢].
- الا أنه يشترط لنفاذ الحواله قبل الغير أى للاحتجاج بها عليه أن يكون المدين قد أعلن بها أو قبلها كما ذكرنا ولكن يشترط فى هذا الاعلان أو القبول أن يكون ثابت التاريخ.

- حواله الحقوق الثابته فى السندات الأذنيه:

- نظراً لما تقتضيه المعاملات التجاريه من سرعة فإن القانون التجارى قد أجاز حواله الحقوق الثابته فى الأوراق التجارية كالكمبيالات

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٤/١/٢٣م - نقض م ١٢ - ١٢٣ بأن «تنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى على أنه «لاتكون الحواله نافذه قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها..» ومعنى ذلك أن القانون حين قرر لنفاذ الحواله من حق المدين قبوله لها أو اعلانه بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها فاذا ماتمسك المدين بما رتبه القانون فى هذه الحاله من عدم نفاذ الحواله فى حقه وجب على المحكمة ان تحكم له بعدم نفاذها دون أن نطالبه باثبات مصلحته فى القضاء له بذلك».

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/١/١٦م الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق.

والشيك والسند الأذنى بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه على ظهره. وفى حالة السند لحاملة فينتقل بمجرد تسليمه من شخص الى آخر. ويكون الانتقال نافذا فى مواجهة الكافة دون حاجة الى قبول المدين أو اعلانه.

أما بالنسبة للاوراق المالية الاسميه (السهم الاسمى أو السند الاسمى أى المقيد بأسم شخص معين) فان حوالتها لاتنفذ فى حق الغير الا اذا قيدت الحواله فى سجل خاص يحتفظ به المدين (الشركة).

المبحث الثالث

آثار الحواله

- يترتب على انعقاد الحواله انتقال الحق من المحيل الى المحال اليه، فيصبح هذا الأخير هو الدائن الجديد محل الدائن القديم (المحيل). وبالتالى ينشأ عن الحواله، علاقات قانونية بين طرفيها: المحيل والمحال له. الا أن موضعها شخصى ذمه شخص ثالث هو المدين وبالتالى يترتب عليها آثار قانونية بين المحال عليه والمحيل، وبين المحال عليه والمحال له، ولما كان فى قبول المدين للحواله أو اعلانه أن يجعلها نافذه فى مواجهة الغير الأمر الذى يترتب عليه وجود علاقة بين المحال له والغير.

وعلى ذلك نتناول بيان آثار الحواله بين المحيل والمحال له، بين المحيل والمدين (المحال عليه)، بين المحال له والمدين ثم بين المحال له والغير وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول
آثار الحواله بين المحيل والمحال له

- انتقال الحق بصفاته وتوابعه:

بمجرد أن تنعقد الحواله أى حتى قبل ان تكون نافذه فى حق المدين أو فى حق الغير بالاعلان أو القبول، ينتقل الحق من المحيل الى المحال له، وحلول المحال له محل المحيل قبل المدين ويصبح هو الدائن الجديد، وينتقل الحق بكل قيمته حتى ولو كان المحال له دفع فيه ثمنا أقل. لأن الحق المحال به وان كان حقا شخصيا، يعتبر منقولا معينا بالذات، فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين - المحال له، المحيل - بمجرد العقد دون حاجه الى أى اجراء آخر[١] . وينتقل الحق بما له من صفات فان كان حقا مدنيا أو تجاريا، انتقل بصفته هذه الى المحال له وماعليه من دفوع - فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفوع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل - كالبطلان أو الفسخ او الانقضاء ولايستثنى من ذلك سوى الدفع بالمقاصه في حالة قبول الحواله بدون تحفظ (م ١/٣٦٨) كما سنرى عند دراسة المقاصة.

- وعلى أن يسلم الى المحال له سند الحق المحال به والوسائل المؤديه الى اثباته وكل ماهو ضرورى لاستيفائه[٢] .

---

(١) د/ السنهورى، الوسيط جـ ٣ ص ٥١٢ ومابعدها بند ٢٧٣.

(٢) كانت المادة ٤٣٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى تنص على أنه «يجب على المحيل أن يسلم الى المحال له سند الحق المحال به، وأن يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وماهو ضرورى من بياناته لتمكينه من حقه «ولقد حذف هذا النص بعد ذلك لجنة المراجعة لكونه تطبيقا للقواعد العامه - انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٠ - انظر د/ سليمان مرقس ص ٤١١، د/ اسماعيل غانم، ص ٣٦١. نقض س ٢٦ ص ٢٥٧.

- **وينتقل الحق أيضا، ليس بمقداره وصفاته فحسب. بل أيضا بكل توابعه**، وتشمل توابع الحق كافة ضماناته، وهذا هو الذي تقضي به المادة ٣٠٧ مدني مصري حيث تنص على أن «**تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط**» وانتقال ضمانات الحق المحال الى المحال له من المحيل أمر طبعي، ذلك لأنها تؤكد هذا الحق وتقومه. ويتحقق هذا الانتقال بغير حاجه الى الاتفاق عليه بين المحيل والمحال له. وهذه القاعدة ليست من النظام العام. وليس هناك مايمنع من الاتفاق على عدم انتقال ضمانات الحق المحال من المحيل الى المحال له[1] .

وتنص المادة ٣٠٧ مدني عندما جاء فيه ذكر الكفالة والامتياز والرهن فان هذا لم يرد على سبيل الحصر وانما سبيل المثال فقط.

- وتطبيقا لذلك - اذا كان للحق المحال - كفيل شخصي، فان هذا الكفيل يبقى ضامنا للحق المحال له تماما كما كان ضامنا للمحيل.
- **ينتقل الحق المحال به الى المحال له بالدعوى التي تؤكده دون الدعاوى التي تنافيه**. فقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكده وبعضها تنافيه، فالدعاوى التي تؤكده هي التي تنتقل معه الى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق، أما الدعاوى التي تنافيه فهي تتعارض معه ولاتعتبر من توابعه فلا تنتقل الا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له[2] .

---

(١) انظر د/ محمد عمران . الوجيز في آثار الالتزام ص ١٩٧/ ط ١٩٨٤م.

(٢) د/ السنهوري، المرجع السابق، جـ٣ بند ٢٧٧ - د/ جمال زكي، المرجع السابق، بند ٥٢٢ - د/ اسماعيل غانم، البند ١٩٦ - نقض بتاريخ ١٩٧٨/٥/١٦م الطعن رقم ٢٠٠ للسنة ٤٥ ق.

- على أنه يجب التفرقة فى تحديد **وقت انتقال الحق فى العلاقة** بين المتعاقدين (المحيل والمحال له) وبين انتقاله بالنسبه للغير بما فى ذلك المدين.

ففى العلاقة بين طرفى الحواله . يتم انتقال الحق بمجرد انعقاد الحواله أن كانت بعوض وعند استكمال الشكل الرسمى اذا كانت بغير عوض أى على سبيل التبرع.

أما بالنسبة للغير فان الحق ينتقل بمجرد أن تصبح نافذه فى حقه أى من وقت نفاذ الحواله فى حق المدين، ونفاذ الحواله فى حق المدين لايكون الا بقبوله أو اعلانه بها. ولهذا فإنه اذا قام المدين - قبل نفاذ الحواله وبعد انعقادها - بالوفاء للمحيل، صح وفاؤه ولكن يجب على المحيل أن يرد ماقبض للمحال له.

- ويكون المحيل مسئولاً عن افعاله الشخصية، ولو كانت الحواله بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان فتنص المادة (٣١١) مدنى على أن **«يكون المحيل مسئولاً عن افعاله الشخصية، ولو كانت الحواله بغير عرض او لو اشترط عدم الضمان».**

- ضمان المحيل للحق المحال للحق المحال به:

القاعدة: أن **المحيل لايلتزم بالضمان الا اذا كانت الحواله معاوضه أما اذا كانت الحواله بغير عوض فلا ضمان على المحيل،** اذ لاضمان على المتبرع، فليس للمحال له أن يرجع على المحيل بالضمان سواء تعذر عليه استيفاء الحق بسبب اعسار المحال عليه او كان الحق ذاته لا وجود له (م ٢/٣٠٨). على أن المحيل ولو كان متبرعا، يكون مسئولا عن أفعاله الشخصية (م ٣١١).

والضمان فى الحواله بعوض، **اما أن يكون ضمانا قانونيا** يلتزم به المحيل بغير حاجه الى اتفاق خاص، **وأما أن يكون ضمانا اتفاقيا** اذ قد أجاز المشرع الاتفاق على التعديل من احكام الضمان القانونى.

- الضمان القانونى:

اذا كانت الحواله بعوض، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحل له والمحيل. فان المحيل يضمن للمحال له. وجود الحق المحال به وقت الحواله بحكم القانون أى دون أن يكون هناك حاجة الى اتفاق خاص. ويتحقق موجب الضمان اذا ابطل العقد مصدر الحق المحال به ولو صدر الحكم بعد الحواله لأن للابطال أثرا رجعيا أو اذا كان الحق قد انقضى قبل ابرام الحواله بأى سبب من أسباب الانقضاء، أما اذا كان قد انقضى بفعل المحيل بعد صدور الحواله فان مسئوليته محموله على المادة ٣١١ مدنى مصرى. كما يتحقق الضمان اذا كان الحق قد زال بسبب تحقق شرط فاسخ لايعلمه المحال له سواء كان تحققه سابقا أو لاحقا لانعقاد الحواله، **ويشمل الضمان كذلك وجود توابع الحق المحال به وقت انعقاد الحواله.**

ويقتصر ضمان المحيل على وجود الحق فلا يضمن بغير اتفاق خاص يسار المدين المحال عليه الا اذا يعلم باعساره وليس على عقد الحواله. واذا ضمن المحيل يسار المدين فلاينصرف الضمان الا الى اليسار وقت الحواله مالم يتفق على غير ذلك (م ٣٠٩ مدنى مصرى).

- كما يقتصر الضمان علي وجود توابع الحق التى تنتقل معه كرهن او امتياز أو كفاله ولكنه لايشمل بغير اتفاق خاص كفاله التأمين وفى حالة وجود مثل هذا الاتفاق تخرج من نطاق الضمان بحكم القانون الى نطاق الضمان الاتفاقى. فاذا وجد الضمان وقت انعقاد الحواله ثم زال بعد ذلك انتفى موجب الضمان الا أن يكون الزوال راجعا الى سبب سابق على الحواله(١) .

- الضمان الاتفاقى:

أحكام الضمان القانونى ليست من النظام العام. فيجوز الاتفاق على تعديلها سواء بالتخفيف من هذا الضمان أو بالتشديد فيه أو بالاعفاء منه فيجوز اشتراط عدم الضمان أصلا، الا أن هذا الشرط لايفى من المسئولية عن افعاله الشخصية (م ٣١١)(٢) .

---

(١) أنظر د/ السنـهورى، المرجع السابق، جـ٣ بند ٢٨١ وهامشه، د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢١٩ – د/ جمال زكى، المرجع السابق، بند ٥٢٣.

(٢) انظر د/ السنهورى، المرجع السابق، جـ ٣ بند ٢٨٢، ٢٨٤. د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢٠٠.

المطلب الثاني
آثار الحواله بين المحيل والمحال عليه (المدين)

في علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن تميز بين مرحلتين:

١) المرحلة التى تسبق اعلان الحواله أو قبولها.

٢) ثم المرحله التى تلى الاعلان أو القبول.

- المرحلة التى تسبق اعلان الحواله أو قبولها:

لاتنفذ الحواله فى حق المحال عليه الا اذا قبلها أو أعلن بها وفى هذه المرحله يكون للمحال عليه دائن واحد هو المحيل ويستطيع المحيل فى هذه المرحلة اتخاذ كافة الاجراءات التحفظيه والتنفيذيه اللازمه للمحافظة والحصول على حقه. ويستطيع المحيل أن يتصرف فى هذه المرحله فى حقه فهو لايزال صاحبه بالنسبة للمحال له وبالنسبة للغير[1].

- المرحله التى تلى اعلان الحواله أو قبولها:

فاذا ما أعلنت الحواله أو قبلت. فإنها تصبح نافذه فى حق المحال عليه وفى حق الغير، ويصبح المحيل اجنبيا بالنسبة الى المحال عليه. وبالتالى لايستطيع المحيل فى هذه المرحلة ان يتخذ أى اجراء من الاجراءات التى كان يستطيع أن يتخذها فى المرحلة الأولى. فلا يستطيع مطالبة المحال عليه بالوفاء. وان وفى اليه المحال عليه فإن هذا الوفاء لا يكون مبرئا لذمه المحال عليه قبل المحال له.

---

(١) انظر د/ محمد عمران . المرجع السابق، ص ٢٠٤.

كذلك لايستطيع المحيل ان يتصرف فى الحق المحال به بعد اعلان الحواله أو قبولها، لايبيع ولايهبه ولا بغير ذلك من التصرفات. فقد أصبح الحال له هو صاحب الحق.

ولايجوز لدائنى المحيل فى هذه المرحلة أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه، والحجز بعد اعلان الحواله أو قبولها لايسرى فى حق المحال له بينما يستطيع دائنى المحال له أن يحجزوا على الحق تحت يد المحال عليه لأن الحق أصبح ملك المحال له وهو مدينهم[1].

(١) انظر د/ السنهورى، المرجع السابق، جـ ٣ بند ٢٩٨.

المطلب الثالث

آثار الحواله بين المحال له والمحال عليه (المدين)

اولا: علاقة المحال له بالمحال عليه قبل قبوله الحواله أو اعلانه بها:

تنص المادة ٣٠٦ مدنى على أنه **«يجوز قبل اعلان الحواله أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات مايحافظ به على الحق الذى انتقل اليه».**

فقيل أن تنفذ الحواله فى مواجهة المدين لايكون للمحال له. أية حقوق قبل المدين الا اذا عمل المدين على الاضرار بحقوق المحال له كأن يوفى بالحواله بعد انعقادها وقبل نفاذ فى حقه على سبيل التواطؤ فهذا لاينفذ فى حق المحيل.

واذا كان لايجوز للمحال له مطالبة المحال عليه بالوفاء قبل اعلانه بالحواله أو قبوله لها. الا أن المحال له يستطيع مع ذلك اتخاذ الاجراءات التحفظيه اللازمة للمحافظة على الحق المحال به. فيجوز عندئذ للمحال له قطع التقادم اذا رأى أنه أوشك ان يتكامل ولايوجد لديه متسع من الوقت لاعلان المحال عليه بالحواله، كما يجوز له أن يقوم بتجديد قيد الرهن الضامن للحق موضوع الحواله أو قيد حق الامتياز أو حق الاختصاص الذى يكفل الحق المحال به. وهذا ماعبر عنه نص المادة ٣٠٦ سالف الذكر.

ثانيا: علاقة المحال له بالمحال عليه بعد قبول الحواله أو اعلانه بها:

بعد نفاذ الحواله في مواجهة المدين **يكون للمحال له الحق فى مطالبه المحال عليه (المدين) بالوفاء بالحق ويكون للمدين أن يتمسك قبله بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل** وقت نفاذ الحواله فى

حقه وهـذا ماعبرت عنه المادة ٣١٢ مـدني مصـري والتـى تنص علـى أن **«للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحواله فى حقـه، كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمده من عقد الحواله»** وعلى ذلك فإذا كان الدين قد انقضي بالتقادم لأى سبب من الأسباب كان للمدين أن يتمسك به قبل المحال له، وله أن يتمسك بالبطلان قبل المحال له، ويتعين فى هذه الحاله أن يكون الدفع الذى يتمسك به المدين من الدفوع التى نشأ سببها قبل نفاذ الحواله وظل هذا السبب قائما الى وقت نفاذ الحواله، حتى ولو ك ان حكمه قد ترتب بعد هذا التاريخ **ومثال: ذلك** أن يكون الحق معلقا على شرط فاسخ وتتحقق هذا الشرط بعد نفاذ الحواله، كان للمدين التمسك بهذا الدفع قبل المحال له، لأن سببه كان قائما».

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعد التى ذكرناها هما: الدفع باتحاذ الذمة، والدفع بالمقاصه. فاذا كان المحال عليه وارث المحيل، وبعد صدور الحواله، ولكن قبل اعلانها أو قبولها، مات المحيل. فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به باتخاذ الذمه فقد كان ينبغى أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبه المحال له بعد اعلان الحواله بانقضاء الحق. ولكنه لما كان وارثا للمحيل، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التى يمثلها الوارث، فان الأمر ينتهى الى أن المحال عليه لايجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء.

- كذلك اذا كان هناك حق للمحال عليه فى ذمه المحيل بحيث ينقضى الحق المحال به بالمقاصة[1] ولكن المحال عليه قبل الحواله دون تحفظ، فانه لايستطيع أن يدفع مطالبه المحال له بالمقاصه وهذا مانصت عليه المادة ٣٦٨ مدنى:

«١) اذا حول الدائن حقه لغير وقبل المدين الحواله دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين ان يتمسك قبل المحال له بالمقاصه التى كان له يتمسك بها قبوله للحواله ولايكون له الا الرجوع بحقه على المحيل.

٢) اما اذا كان المدين لم يقبل الحواله ولكن اعلن بها، فلا تمنعه هذه الحواله من أن يتمسك بالمقاصه».

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٧٩٨ م ٩ ص ١٥٤.

المطلب الرابع
آثار الحواله بين المحال له والغير

- الغير هنا اما أن يكون محال اليه آخر، واما أن يكون دائنا للمحيل تعلق حقه بالحق المحال به نتيجة لحجزه تحت يد المدين (المحال عليه) وقد نظم القانون المدنى أثر الحواله بالنسبة للغير فى المادتين ٣١٣ مدنى، ٣١٤ مدنى.

فنص المادة ٣١٣ مدنى على مايأتى:

«اذا تعددت الحواله بحق واحد، فضلت الحواله التى تصبح قبل غيرها نافذه فى حق الغير».

وتنص المادة ٣١٤ على مايأتى:

«١) اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحواله نافذه فى حق الغير كانت الحواله بالنسبه الى الحاجز بمثابة حجز آخر.

٢) وفى هذه الحاله اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحواله نافذه فى حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحجز المتأخر مايستكمل به المحال له قيمة الحواله».

ومما سبق نجد أنه طبقا لنص المادة ٣١٣ مدنى اذا حدث تزاحم بين شخصين كل منهما محال اليه بذات الحق. كالتفضيل أحدهما على الآخر معقودا لسبق حوالته فى حق الغير فاذا كانت الحواله قد قبلت من المدين يجب أن يكون هذا القبول مكتوبا وأن يكون ثابت التاريخ. وعلى أساس هذا التاريخ الثابت يكون تفضيل أحدهما على الآخر فالسابق تاريخه هو الذى يفضل على غيره اللاحق عليه. أما

اذا كان نفاذ الحواله قد تم باعلانها فيجب أن يكون هذا الاعلان بورقة رسميه ثابته التاريخ لكى يتم التفضيل بين المحال اليهم وفقا لهذا التاريخ[1].

اما المادة ٣١٤ مدنى فانها تعالج التزاحم الذى قد يحدث بين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر وبين المحال له. ولاتثور هذه المشكلة اذا كان هذا الحج قد وقع بعد نفاذ الحواله فى حق الغير اذ يكون الحجز واقفا على الا يملكه المدين المحجوز عليه، وأما اذا كان هذا الحجز قد وقع قبل نفاذ الحواله فى حق الغير فإن هذا الحجز يسرى فى مواجهة المحال عليه. فإذا قام دائن المحيل بتوقيع حجز تحت يد المدين المحال عليه ثم اتخذت اجراءات نفاذ الحواله بعد الحجز فإن الحواله وان كانت لاتنفذ فى مواجهة الدائن الحاجز الذى يعتبر من الغير لتوقيعه الحجز قبل اتخاذ إجراءات نفاذها، الا أن القانون يجعل هذه الحواله بمثابة حجز آخر، وبالتالى يكون للمحال له أن يقتسم الحق المحال به مع الدائن الحاجز قسمه غرماء (م ١/٣١٤).

- وإذا وقع حجز آخر على الحق ذاته فماذا يكون موقف المحال له من الحجزين نص القانون م (٢/٣١٤) على أن يقسم الدين بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمه غرماء على أن يستوفى المحال له حقه (قيمة الحواله) من حصه الحاجز المتأخر.

ولبيان ذلك نضرب المثال الآتى: «اذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال، عليه هو تسعمائه جنيه، وكان حق الحاجز المتقدم

---

(١) انظر د/ محمد عمران، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

ثلاثمائه وحق المحال له ستمائه، وحق الحاجز المتأخر ثلاثمائة جنية فان الحق المحال يقسم أولا بين الثلاثه قسمه غرماء وتكون حصة كل منهم: الحاجز المتقدم ٢٢٥ جنية، والمحال له ٤٥٠ جنية والحاجز المتأخر ٢٢٥ جنية ثم تستكمل بعد ذلك حصته المحال له الى ٦٠٠ جنية من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحواله كلها. وتنزل بذلك حصة الحاجز المتأخر الى ٧٥ حيث يتقطع مبلغ ١٥٠ جنية باقى قيمة (٦٠٠ - ١٥٠ = ١٥٠ جنية) من حصة الحاجز المتأخر ٢٢٥ - ١٥٠ = ٧٥ وتكون حصة الحاجز المتقدم ٢٢٥ جنيها[١].

---

(١) د/ جميل الشرقاوى . المرجع السابق، ص ١٤٣.

الفصل الثاني

حواله الدين

- **تعريف:**

حـواله الدين اتفـاق (عـقـد) بين طرفين على تحـويل الدين من ذمـة المدين الأصلى الى ذمة مدين جديد يحل مـحله. هذا مع بقاء الدين فى ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

ويكفـى فى انعقـاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلى مع المدين الجديد وهـو المحـال عليه على نقـل الدين من ذمـة الأول الذى يشـترط فيه أهلية التعاقد الى ذمة الثانى - الـذى يشترط فيه أهلية الالتزام معاوضه أو تبرعا لعلاقته بالأول - وهذه هى الحالة الغالبة، وقد تتم حـواله الدين باتفـاق بين الدائن والمحـال عليـه ولايجـوز للمـحـال عليـه الرجوع فيها الا باتفاق آخر بينه وبين المدينالأصلى قبل أن يقر الدائن الحواله[1] .

وحواله الدين قد تكـون بمقابل اذ قد يكون المحـال عليه مـدينا للمحيل، فيتحمل عن هـذا الأخيـر دينه قبل دائن المحيل فتأخذ حكم المعاوضـات وقد يقصد المحـال عليه التبرع بتحمل دين المحيل قبل دائـن هـذا الأخيـر وتأخذ حكم التبـرعـات. ويسـمى الحـق بالحـق المحال به[2] .

(١) د/ السنـهورى، المرجع السابق، جـ٣ بند ٣٠٦ ومابعدها - فرج الصده، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) انظر د/ توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٩٥.

وأهم تطبيق لحواله الدين فى الحياة العملية هو الذى يتحقق فى نزول أحد العاقدين، فى عقد ملزم للجانبين، كمقاوله أو تأمين عن هذا العقد الى غيره، فلا يتيسر النزول عن التزاماته فيه الا عن طريق حواله الدين. وقد تتعلق الالتزامات بمجموعة من المال، كمحل تجارى فلا يتيسر انتقالها، كذلك الا عن طريق حواله الدين(١).

ودراستنا لحواله الدين تقتضى أن تبدأ أولا بدراسة شروط الحواله ثم آثارها.

المبحث الأول
شروط الحوالة

- عندما نتناول شروط الحواله بالشرح يلزم أن نوضح أولا شروط انعقاد الحواله ثم روط نفاذها.

- شروط انعقاد الحواله:

ذكرنا أن حواله الدين عقدا ولهذا يلزم أن تتوافر فيها جميع أركان العقد وهى التراضى والمحل والسبب وشروط صحته.

ومن نص المادتين ٣٠٣، ٣٠٤ يتضح لنا أن شروط انعقاد الحواله والتى تتم صورتين هى:

١) انعقاد الحواله باتفاق المدين الأصلى والمحال عليه:

فالحواله تنعقد بالاتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد وتخضع الحواله كغيرها من العقود للقواعد العامه فى نظريه العقد. ولذا يجب أن تتوافر فيها أركان العقد وهى التراضى والمحل والسبب.

---

(١) انظر فى ذلك د/ جمال زكى ، المرجع السابق، ص ١٩٠.

ولايتصور أن تكون الحواله فى هذه الحاله نافذه فى مواجهة الدائن دون اقراره. فطبقا لنص المادة ٣١٥ مدنى والذى تنص على أن «تتم حواله الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين» فإن رضاء الدائن فى هذه الحواله ليس ركنا فى حواله الدين، فيكفى لابرامها، تراضى المدين الأصلى والمحال عليه، وبالتالى ترتب الحواله آثارها بينهما بمجرد الاتفاق، الذى لايجوز تعديله أو الرجوع فيه قبل اقرار الدائن للحواله، الا باتفاق آخر بينهما.

٢) انعقاد الحواله باتفاق الدائن والمحال عليه:

تنص المادة ٣٢١ مدنى مصرى على أنه:

«١) يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه.

٢) وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨، ٣٢٠» وفى هذه الصورة لاتتم الحواله بالاتفاق بين مدينين، بل بالاتفاق بين الدائن والحال عليه، وبموجب هذا الاتفاق يتحول الدين من ذمة المدين القديم الى ذمة المدين الجديد دون حاجة الى رضاء المدين القديم[1] وليس لهذا الاتفاق شكل خاص، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا وعلة ذلك أنه يجوز الأجنبى أن يفى بالدين دون رضاء المدين (م ٣٢١ و ٣٢٣). فإذا اتفق شخص مع دائن على أن ينقل الدين من المدين الأصلى الى ذمته هو، فإن الدين ينتقل بهذا الاتفاق، وتبرأ ذمته المدين الأصلى، رضى بالحواله أو لم يرض، علم بها أو لم يعلم، لأن حوالة الدين تعد امرا لمصلحته[2].

---

(١) انظر نقض ١٩٧٦/٥/٣١ س ٢٧ ص ١٢٤٠.

(٢) أنظر د/ السنهورى، الوسيط جـ٣ بند ٣٢٥.

ومن ذلك نجد أن الحواله فى الصوره الثانية، بخلاف الصوره الأولى تنعقد نافذه فوراً فى حق المدين الأصلى بمجرد انعقادها ودون حاجة الى اقرار هذا المدين.

- شروط نفاذ الحواله:

نصت المادة ٣١٦ مدنى على أنه «لاتكون الحواله نافذه فى حق الدائن الا اذا أقرها.

واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحواله الى الدائن، وعين له أجلا معقولا ليقر الحواله ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحواله»

- ومتى تمت الحواله على نحو ماتقدم، فان العلاقة الناشئة عنها تظل قائمه فيما بين طرفيها الى أن يقرها الدائن، فان اقرها نفذت فى حقه، وان أحال المدين الأصلى الدين الى أكثر من شخص فإن الحواله التى تنفذ هى التى يقرها الدائن أولاً. وليس للاقرار وقت معين وانما يبدأ من تاريخ الاتفاق على الحواله ولكن لكل من المدين الأصلى والمحال عليه اعلان الدائن بالحواله ويحدد له اجلا مناسبا ليقرها بحيث اذا انقضى هذا الأجل دون ان يقرها أعتبر ذلك رفضا منه للحواله وتظل علاقته بالمدين الأصلى فلا يكن له مطالبه المحال عليه لعدم نفاذ الحواله. كما يجوز للدائن اقرار الحواله متى علم بها ولو قبل اعلانه بها، والاقرار اما أن يكون صريحا واما أن يكون ضمنيا كما اذا استوفى الدين أو جزء منه من المحال عليه أو بانذاره أو بتوقيع الحجز على أمواله أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة. وان رفض الدائن الحواله فلا يجوز له العوده الى اقرارها.

والاقرار اراده منفرده، يجب حتى تنتج اثرها أن تصل الى علم المدين الأصلى أو المحال عليه، ومتى أقر الدائن الحواله، نفذت فى حقه بأثر رجعى منذ وقت انعقاد الحواله (م ٣١٢ مدنى) فلا يكون للمدين الأصلى والمحال عليه الرجوع فى الحواله أو تعديلها بمجرد وصول الاقرار لأيهما.

- وقد تتم الحواله باتفاق بين الدائن والمدين الأصلى والمحال عليه فتنفذ الحواله في هذه الحاله فور هذا الاتفاق.

ويترتب على اقرار الدائن الحواله نفاذها كما ذكرنا وبالتالى يستتبع ابراء ذمة المدين الأصلى من الدين فلا يكون للدائن الا مطالبه المحال عليه وتبرأ ذمه المدين الأصلى من تاريخ انعقاد الحواله. ولكن اذا ما ابطلت الحواله عاد الدين الى ذمه المدين الأصلى تطبيقا للقواعد العامه[1].

المبحث الثانى

آثار حواله الدين

- علاقه الدائن بالمحال عليه:

- يترتب على الحواله انتقال الدين من ذمة المدين الأصلى الى المحال عليه (المدين الجديد) وينتقل الدين للمحال عليه بصفاته وضماناته ودفوعه، فيضل الشرط أو الأجل وان كان الدين تجاريا فيظل كذلك، وتسرى الفوائد بذات السعر ان كانت هناك فوائد ويظل التقادم ساريا بالنسبه له الى أن يرد عليه وقف او انقطاع، وينتقل الدين للمحال عليه من وقت انعقاد الحواله ويؤكد هذا المعنى ما نصت عليه

(1) مجموعة الاعمال التحضرية جـ ٣ ص ١٥١/١٥٥.

المده (٩٣١٨ مدني من أنه «تبقى للدين المحال به ضماناته ومع ذلك لايبقى الكفيل، عينا كان أو شخصيا ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحواله».

- علاقه الدائن بالمدين الأصلى:

كما تبرأ ذمه المدين الأصلى فى مواجهة الدائن واذا كانت الحواله قد تمت بالاتفاق بين الدائن والمحال عليه برئت ذمه المدين من الوقت الذى تبرم فيه الحواله، وأما اذا عقدت الحواله بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلى الا من الوقت الذى يقبل فيه الدائن هذه الحواله كما كذرنا ويضمن المدين الأصلى يسار المحال عليه. وتجب مع ذلك بين غرضين:

الأول: وفيه تتم الحواله بالاتفاق بين الدائن والمحال عليه. ففى هذا الغرض لايضمن المدين الأصلى للدائن شيئاً. لأنه لم يتدخل فى الحواله.

والثانى: اذا ماعقدت الحواله بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه. فان المدين الأصلى يضمن يسارا المحال عليه. ولكن هذه القاعدة ليست أمره. ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها. ويؤكد هذا المعنى مانصت عليه المادة ٣١٩ مدني من أنه «يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الحواله، مالم يتفق على غير ذلك».

- علاقه الدين الأصلى بالمحال عليه:

تختلف آثار الحواله بينهما بحسب موقف الدائن منها:

(أ) قبل اقرار الدائن الحواله وعند الرفض.

لاتكون الحـواله نافـذه قـبل الدائن، فـيكون له أن يطالب المدين الأصلى بوفـاء الدين ولكن الحـواله بين طرفيـها المدين الأصلى والمحال عليـه تنئ التزامـا فى ذمة المحال عليه قـبل المحيل. وقد عبـرت المادة ١/٣١٧ عن ذلك بقولها «ان المحال عليه يكون ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب» والمقصود بذلك أن على المحال عليه التزاما بأن يدرا عن المدين الأصلى مطالبة الدائن له. ولكن ليس هناك مايمنع من الاتفـاق على الزام المحـال عليـه بأن يعـمل على ابراء ذمة المدين قبل دائنه بالوفاء له فور الوقت[1] .

واذا اشـترط المحال عليه على المدين الأصلى مقـابلا لتكحمله بالدين عنه أى تكون الحواله بعوض ولم يؤد هذا المقـابل كان للمـحال عليه اذا طالبه المدين بتنفيذ التزامه بالوفـاء للدائن ان يدفع بعدم التنفيذ طبقا للقواعد العامه فى العقود الملزمه للجانبين (م ١٦١ مدنى) وقد عبـرت المادة ٢/٣١٧ مـدنى عن هذا المعنى بأنه «لايجـوز للمـدين الأصلى أن يطالب المحـال عليه بالوفـاء للدائن مـادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحواله».

(ب) بعد الاقرار.

اذا أقر الدائن اكلحواله نفذت فى حـقه وينتقل الدين من المحيل (المدين الأصلى) الى المحـال عليـه (المدين الجـديد) وتبـرأ ذمـه المدين الأصلى من الدين.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢٠٥.

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

الفصل الأول
الوفـــاء

الفصل الثانى
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

(أ) الوفـــاء بمقـــابل
(ب) التـــجـــديد
(جـ) الانابة فى الوفـــاء
(د) المقـــاصـــة
(هـ) اتحـــاد الذمـــة

الفصل الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به

(أ) الابــــــراء
(ب) اســتحـالة التنفـيـذ
(جـ) التـــقـــادم المســـقط

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

يشبه الالتزام بالكائن الحي، ينشأ وينفذ لينتج آثاراً ثم ينقضي أو يموت فإذا كان الالتزام رابطة قانونية بين شخصين، فإن هذه الرابطة مصيرها الحتمي الى الزوال، لأن بقاء الالتزام على عاتق المدين، يثقل كاهله الى غير نهاية، ويعتبر قيدا على الحرية الشخصية ويتعارض مع اعتبارات النظام العام. وفي هذا يختلف الحق الشخصي أو الالتزام، عن الحق العيني. فحق الملكية وهو أهم الحقوق العينيه، حق مؤبد بطبيعته، أما الحقوق المتفرعه عنه، فقد تكون مؤبده وقد تكون مؤقته.

ولهذا نظم المشرع أسباب انقضاء الالتزام، ونص على القواعد الخاصه بانقضاء الالتزام في التقنين المدني في المواد من ٣٢٣ الى ٣٨٨، وقسم أسباب الانقضاء الى الانواع الآتية:

الوفاء أو بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل أو التجديد أو المقاصه أو أتحاد الذمه. كما ينقضي الالتزام بغير وفاء في أحوال الابراء أو استحالة التنفيذ أو التقادم.

ونعرض لأسباب الانقضاء مقسمه وفقا للصورة السابقة تفصيلا فيما يلي:

الفصل الأول

الوفـــاء
(التنفيذ العينى الاختيارى)

– الوفـاء هو تنفـيـذ ذات الالتـزام الذى التزم به المدين أيا كـان مـحل الالتـزام. أى تنفـيـذ المدين اخـتـيـارا لعين مـا التـزم به فى مـواجـهـة الدائن. فـبـائـع العـقـار يفى بالتـزامـه بنقل ملكيـتـه بالمسـاهمـة فى اجراءات التسجيل، والتاجر يفى بالتزامه اذا أمتنع عن منافسه تاجر أخر التزم بعدم منافسته.

ودراسة الوفاء تقتضى تناول مسائل ثلاث:

١) طرفا الوفاء وهما الموفى والموفى له.

٢) كيفية الوفاء: من حيث محله وزمانه ومكانه ونفقاته.

٣) أثر الوفاء.

المبحث الأول
طرفا الوفاء

– ان طرفـا الوفـاء هـمـا الموفى والموفى له ولهـذا سنتناول كل منهـمـا بالشرح فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
الموفــى

- ينقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول للموفى والثانى لرجوع الموفى على المدين.

الفرع الأول
الموفــى

- تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أنه:

«١) يصح الوفـاء من المدين أو من نائبـه أو من أى شـخص آخـر له مصلحة فى الوفاء، وذلك مع مراعاة ماجاء بالمادة ٢٠٨.

٢) ويصح الوفاء ايضا مع التحفظ السابق بمن ليست له مصلحة فى هذا الوفـاء، ولو كـان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض».

- الوفاء من المدين أو نائبه

فالأصل أن يتم الوفاء من المدين لأنه الملتزم بالدين بحيث اذا لم يقم بالوفاء اختياراً اجبر عليه. ولذلك يعتبر الوفاء واجب على المدين وحقا له فى الوقت نفسه. ويجوز أن يقوم بالوفاء نائب عن المدين كوكيل عام اذا كان الوفاء معتبرا من أعمال الادارة أو بوكيل خاص اذا كان من أعمال التصرف أو ولى الأهلية أو وكيل المفقود أو الحارس على أموال المدين أو السنديك. وقد يوكل المدين مصرفا فى الوفاء عن طريق ايداع مبلغ الدين فى الحساب الجارى للدائن فإذا وقع خطأ من المصرف كان المدين مسئولاً عن هذا الخطأ[1].

---

(١) انظر د/ السنهورى، الوسيط بند ٣٧٠.

- **وإذا كـان الأصل أن يتم الوفـاء من المدين أو من ينوب عنه الا أنه يصح كذلك أن يقـوم بالوفـاء شـخص من الغيـر وقـد تكـون لهـذا الشخص مصلحة فى الوفاء بدين المدين** كما لو كان كفيلا عنه، أو كان قد اشترى من المدين عقارا مرهونا ضمانا لذلك الدين، وهذا هو حائز العقار المرهون، فأراد بالوفاء للدائن المرتهن ان يخلص عقاره من الرهن. ويلتزم الدائن بقبول الوفاء مادامت طبيعه الالتزام لاتستلزم أن يقوم به المدين نفسه. ولا يستطيع المدين الاعتراض على الوفاء ويترتب على الوفـاء براءة ذمة المدين، ويكون رجـوع الموفى فى هذه الحـالة على المدين بدعوى الحلول اذ يحل الموفى محل الدائن حلولا قانونيا فى الرجوع على المدين .

- **وقد يتم الوفاء من الغير لاتكون له مصلحة فى الوفاء بالدين،** ومع ذلك يوفى به – لأن الأصل أن لكل شخص الوفاء بدين غيره، ومن ثم يستطيع الأجنبى عن رابطة المدين والدائن الوفاء بالدين، ويترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين وقد يقصد الأجنبى من هذا الوفاء التبرع للمدين بقيمة الدين الذى وفاء، وقد يكون فضوليا رأى المدين مهددا بإجراء التنفيذ القهرى على أمواله، فأراد أن يسدى اليه خدمة مؤقته بأن يوفى للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ماأوفى(١).

- **هذا ويجوز للدائن أن يرفض الوفـاء من غيـر المدين فى الحـالتين الآتيتين:**

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢١٢ ص ٣٨١/٣٨٢.

١) الحالة الأولى:

- نصت عليها المادة ٣٠٨ مدنى **«فى الالتزام بعمل، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين»**. فاذا كانت شخصية هذا الأخير محل اعتبار فى تنفيذ الالتزام او اذا نص الاتفاق على ذلك. ومثال ذلك أن يكون المدين بعمل اشتهر بأدائه بمهاره خاصة كالرسم او الغناء أو القيام بعمليات جراحية من نوع خاص، ففى مثل هذه الحالات يكون للدائن أن يرفض قيام غير المدين بتنفيذ مثل هذا الالتزام.

٢) الحالة الثانية:

- اذا تقدم للوفاء بدين المدين شخص من الغير، لا مصلحة له فى الوفاء، فاعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الأعتراض، فى هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول من الغير أو رفضه (م ٢/٣٢٣ مدنى).

- شروط صحة الوفاء[١]:

يشترط لصحة الوفاء سواء أكان الموفى هو المدين أو شخص من الغير شرطان نصت عليهما المادة ٣٢٥ مدنى بقولها **«يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به وأن يكون ذا اهليه للتصرف فيه»**.

١) أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى سلمه للدائن: ذلك ان الوفاء بالالتزام باعطاء، لايكون الا بنقل الحق على الشئ الى الدائن، ولن

(١) انظر د/ سليمان مرقس، فقر ٨١٨، ٨١٩ - د/اسماعيل غانم، فقرة ٣١٤ ص ٢٨٣.

يتحقق ذلك اذا لم يكن الموفى مالكا للشئ اذ أن فاقد الشئ لايعطيه. فـاذا لم يكن الموفى مـالكا، كـان الوفـاء قـابلا للابطال، وللدائن حق التـمسك بـه أى بالبطلان حـتى ولو آلت اليه ملكيـة الشئ بـعد الوفـاء بسبب آخر.

وتطبق هنا أحكام بيع ملك الغير على أساس أن الموفى قد تصرف فيمـا لايملك. غيـر أنه يمتنع على الدائن التـمسك بالبطلان اذ أجاز المالك الحقيقى الوفاء[1].

٢) أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشئ:

- يجب أن تتـوافر فى الموفى أهليـة التـصرف فى الشـذ الذى يوفى به، فإذا كان الموفى ناقص الأهلية كان الوفـاء ابلا للابطال لمصلحته فلا يجوز لغيره التمسك بذلك ومع ذلك فإنه اذا كان وفـاء ناقص الأهليـة قد تم بالشئ المسـتحق فعلا فإنه يمتنع عليه التمسك بابطال الوفاء مادام هو لم يلحق به ضرراً. وقد عبرت عن ذلك المادة ٢/٣٢٥ بقولها **«ومع ذلك فـالوفـاء بالشئ المسـتـحق ممن ليس أهـلا للتـصـرف فيـه ينقضى به الالتزام، اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى».**

أمـا اذا ترتب على الوفاد ضـرر بالمدين كانت له مصـلحة فى طلب الابطال لنقض أهليـة، ويحدث هذا اذا كـان المدين قد قـام بالوفاء قبل أن يحل الأجل، أو قـام بالوفـاء بشـئ من صنف أعلى من الذى كـان ملتزما بالوفاء به[2].

---

(١) انظر السنهورى الوسيط بند ٣٦٦ نقض بتاريخ ١٩٥٤/١٠/٢٨م ق م - ١٣٥ - ٢٨٠.

(٢) انظر د/ لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٧٨ ص ٦٥٦.

الفرع الثانى
رجوع الموفى على المدين

اذا قام بالوفاء شخص آخر:

غير المدين. كان له الحق فى الرجوع بعد ذلك على المدين وقد يرجع عليه باحدى **الدعاوى الشخصية** التى قد تنبنى أما على الوكالة أو الاثراء بلا سبب أو الفضاله وفى الدعوى الشخصية يختلف الأمر فى رجوع الموفى حسب ما اذا كان الوفاء قد تم بمعرفة المدين نفسه وبأمر منه فللموفى أن يرجع بدعوى الوكالة باعتباره نائبا عن المدين، ويتحقق أيضا اذا علم المدين بالوفاء بعد حصوله وقام باقراره، أما اذا كان قد تم بعلم المدين، أو بغير علمه لكن دون معارضه، كان الموفى فضوليا ويكون له الرجوع بدعوى الفضاله، واذا تم الوفاء بالرغم من معارضه المدين ويحدث هنا فى حالة ما اذا تم الوفاء ممن ليست له مصلحة فى الوفاء اذا لم يبلغ الدائن باعتراض المدين فللموفى أن يرجع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب، على أساس ان الوفاء مبرئاً لذمة المدين وتحقق له اثراء بلا سبب[1].

وقد يرجع الموفى علي المدين بالدعوى التى كان للدائن أن يرجع بها عليه **وتسمى دعوى الحلول** أى يحق للموفى أن يحل محل الدائن المستوفى فى كل ماله من حقوق قبل المدين **وتتناول دعوى الحلول من ناحية مصدرها وآثارها على الوجه الآتى:**

---

(١) انظر السنهورى الوجيز فقره ١١٣٧ - د/ عبدالرازق فرج، المرجع السابق، ص ١٧٨.

أولاً: مصدر الحلول:

ان حلول الموفى محل الدائن قد يكون مصدره القانون وهو مايسمى **بالحلول القانونى:** وله حالات حددها القانون على سبيل الحصر، وقد يكون مصدره الاتفاق وهو مايطلق عليه الحلول الاتفاقى:

(أ) الحلول القانونى:

تنص المادة ٣٢٦ مدنى على أنه **«اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية:**

(أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.

(ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ولو لم يكن للموفى أى تأمين.

(جـ) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم.

(د) اذا كان هناك نص خاص يقر للموفى حق الحلول.

ومن النص السابق نجد أن للحلول **القانونى حالات نعرض** على الوجه الاتى:

١) اذا كان الموفى ملزما بالوفاء بالدين أو ملزما بوفائه عنه:

- ويكون ذلك فى حالة التضامن أو فى حالة ما اذا كان الدين غير قابل لانقسام فالمدين المتضامن يلتزم بالوفاء بالدين سواء أكانت الكفالة

شخصية ام عينيه، فاذا وفى احد المدينين المتضامنين بالدين، جاز له بعد ذلك أن يرجع على غيره من المدينين المتضامنين كل بقدر نصيبه حتى ولو رجع المدين الموفى عليهم بدعوى الحلول خلافا لما تنص عليه المادة ٣٢٩ مدنى. واذا وفى الكفيل بالدين. فانه يفى به عن المدين وله بعد ذلك الحق فى الرجوع على المدين بالدعوى التى كان للدائن أن يرجع بها عليه[1].

٢) اذا كان الموفى دائنا ووفى لدائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ولو لم يكن للموفى أى تأمين (م ٣٢٦/ب).

- ومقتضى تطبيق الحلول القانونى فى هذه الحالة أن دائنا يتأخر فى المرتبه يوفى بدين آخر سابق عليه فى المرتبه حتى ولو كان الموفى دائنا عاديا. ويحدث هذا حين يتعدد الائنون لمدين واحد، ويكون احدهم مقدما على غيره لكونه صاحب حق عينى تبعى والموفى مجرد دائن عادى، أو كان الموفى صاحب حق عينى تبعى ولكنه متأخر فى

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٩/٥/١٠م فى الطعن رقم ٨٧١ س ٤٣ ق غير منشور «بأن للمتبرع عند وفائه بالتعويض لدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست الا تطبيقا للقاعدة العامه فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ مدنى والتى تقضى بان يحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه متى كان الموفى عالما بالوفاء بدين على المدين واذا كان للمدين فى حالة الرجوع عليه. بهذه الدعوى أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن. فان من حق التابع أ يتمسك بها فى مواجهة الدائن فان من حق التابع أن يتمسك قبل المبتوع الذى اوفى التعويض عن الضرور بانقضاء دعوي التعويض عن العمل غير المشروع على أساس انه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه اكثرمن ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعه الدعوى على المبتوع لايقطع التقادم بالنسبه اليه...».

المرتبه عن الموفى له. ففى هذه الحالة يحل الدائن الموفى محل الدائن السابق عليه مرتبه فى حقه ويظل أيضا محتفظا بماله من أصلا من حق. مثال ذلك[1] أن يكون المدين قد رهن عقارا لدائنين على التوالى فاذا اراد الدائن المرتهن الأول أن يباشر اجراءات التنفيذ على العقار لكى يستوفى حقه من ثمنه، فقد يرى الدائن المرتهن الثانى أن من مصلحته ان يوقف اجراءات التنفيذ، اذ قد يكون اسعار العقارات منخفضه، بحيث اذا بيع العقار فى الحال فلن يأتى بثمن يكفى للوفاء بالدينين معا، ويرى الدائن المرتهن الثانى أنه اذا ارجئ البيع الى وقت ملائم لأمن الحصول على ثمن يفى بدين الدائن المرتهن الأول. ويفيض منه مايفى بدينه.فى هذه الحالة من مصلحة الدائن المرتهن الثانى أن يقوم بالوفاء للدائن المرتهن الأول. فيحل محله ويترتب فى اتخاذ الاجراءات حين تحين الفرصه المناسبة.

٣) وفاء مشترى العقار بالثمن الى دائن مرتهن للعقار:

- وذلك سواء تم الوفاء من تلقاء نفسه أو اتقاء اجراءات التنفيذ الجبرى التى اتخذها الائن او خضوعا لشرط فى العقد، وسواء كان البيع ممارسه أو فى مزاد جبرى. وتتحقق مصلحة المشترى فى هذا الوفاء اذا كان العقار مرهونا لأكثر من دائن وكانت قيمته لاتكفى الا الدين الدائن المتقدم فيوفيه ليحل محله فيتقى تتبع باقى الدائنين للعقار اذ لاتكون لهم مصلحة فى ذلك مادام ثمن بيعه لايتبقى منه شئ بعد وفاء الدين المتقدم، كما تتحقق المصلحة فى الوفاء اذا كان البيع معرضا للابطال أو الفسخ فيحرص المشترى على الحلول محل الدائن المرتهن ليكون له حق التتبع والتقدم فى استرداد مادفع من الثمن.

---

(١) انظر فى هذا المثال د/ اسماعيل غانم، بند ٢٢٨ ص ٣٩٥ ومابعدها.

غير أنه يلاحظ أنه في جميع الاحوال لايقتصر حلول المشتري محل الدائن المرتهن في تأمينه المقرر على العقار الذى اشتراه، وانما يحل محله في كافة مايكون له من تأمينات[1].

٤) اذا كان هناك نص يقرر للموفى حق الحلول:

- وقد ينص القانون أحيانا وبنصوص متفرقه - على حق الموفى فى الحلول محل الدائن المستوفى قبل المدين فى كل ماله من حقوق ومن ذلك نص المادة ٧٧١ التى تخـــول المؤمن الحلول محل المؤمن من الدعاوى التي تكون له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عن مسئوليه المؤمن. وكذلك نص المدتين ١٥٧، ١٥٨من القانون التجارى فنصت المادة (١٥٧) على أن «الكمبياله المعمول عنها البرتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن ساحبها أو عن احد محيليها، ويصير اثبات التوسط [2] والدفع فى ورقة البرتستو أو فى ذيلها» وفى المادة (١٥٨) على أن من «دفع قيمة كمبياله بطريق التوسط يحل محل حاملها، فيجوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالاجراءات اللازم أستيفاؤها. فاذا حصل هذا الدفع عن الساحب تبرأ ذمة جميع المحيلين، أما اذا كان عن أحدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم».

(ب) الحلول الاتفاقى: Subrogation, conventionnelle-

يكون الحلول اتفاقيا اذا قام شخص بالوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن وقد يتم الحلول باتفاق الموفى مع الدائن أو باتفاق الموفى مع المدين:

---

(١) انظر السنهورى الوسيط بند ٣٧٩.

(٢) Paiement, par, intervention.

١) الحلول بالاتفاق مع الدائن:

- تنص المادة ٣٢٧ مدني على أن **«للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ولايصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء»**.

والنص السابق لايستلزم، فى هذا الاتفاق عن شكل خاص وكل ما استلزمه القانون الا يتأخر عن وقت الوفاء واذا كان الغالب[1].

ان يتفق على الحلول وقت الوفاء، فليس ثمة مايمنع الاتفاق عليه قبل الوفاء، ولايجوز أن يتفق عليه فى وقت لاحق لهذا الاتفاق. والحكمه من اشتراط اتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء. أن الوفاء اذا تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن، فلا يستطيع أن يحل الغير فيه بعد ذلك[2] ويغلب أن تجتوى المخالصه التى يعطيها الدائن للغير الموفى على الحلول. وفى هذه الحاله لاتكون المخالصه حجه على الغير فى تاريخها الا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت.

٢) الحلول بالاتفاق مع المدين:

- نصت المادة ٣٢٨ على أنه **«يجوز أيضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص**

---

(١) انظر السنهورى، فى الوجيز فقرة ٦١٤ - د/ سليمان مرقس، فقرة ٨٤٩ - د/اسماعيل غانم، فقرة ٢٥٢ ومابعدها.

(٢) فى المذكرة الايضاحيه للمشروع التمهيدى، تعليقا على عدم جواز تأخر الاتفاق عن الوفاء: «قصد من هذا الشرط الى درء التحايل فقد يتوطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه فيتفقان غشا على حلول أحد الأعيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى الرتبه فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء» انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٣ ص ١٨١.

للوفاء وفى المخالصه أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد».

ويشترط لصحة هذا الاتفاق توافر شرطان:

الأول: ان يذكر فى عقد القرض ان المال المقترض قد خصص للوفاء بالدين، ولايهم من يصدر هذا البيان من المقرض أم المدين المقترض المهم هو أن يذكر هذا البيان فى عقد القرض ذاته. والأصل أن يظل هذا البيان صحيحا الى أن يثبت عكسه[1].

والشرط الثانى: أن يذكر فى المخالصه التى يعطيها الدائن أن الوفاء قد تم من هذا المال أقرضه الدائن الجديد.

ثانياً: آثار الحلول[2]:

- القاعدة: انتقال حق الدائن الى الموفى:

نصت المادة ٣٢٩ مدنى على القاعدة السابقة بقولها **«من حل قانونا أو أتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ومايلحقه من توابع، ومايكفله من تأمينات ومايرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محله الدائن».**

ويتضح من هذا النص **أن الموفى يحل محل الدائن فى نفس حقه** بخصائصه فإن كان حقا تجاريا أو حقا يسقط بالتقادم فى مدة قصيرة أو حقا ثابتا فى سند قابل للتنفيذ حل الموفى على هذه الصفات وعلى مايلحق الحق من توابع كالفوائد أو اقترانه بمدعوى فسخ أو بحق فى الحبس، **وكذلك بما يكفله الحق من تأمينات عينيه أو شخصيه أو**

---

(١) انظر بلانيول وريبير وردان الجزء السابع فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١.

(٢) انظر د/ السنهورى، الوجيز فقرة ١١٤٢ ومابعدها – د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٥٧ د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣ ومابعدها.

تضـــامن دون حاجه لرضاء الكفيل مع مراعاة التأشير بهامـش العـقد للاحتجاج بالحلول فى مواجهة الغير، **كـذلك بما يرد على الحق من دفوع،** فلو كان مصدره عقد باطل أو قابل للابطال أو انقضى بالوفاء أو بسبب آخر، جاز للمدين التمسك بها قبل الدائن ولكن اذا كان الوفاء بأقل من قيـمـة الدين فلا يرجع الموفى على المدين الا بمقدار مـادفع للدائن وأيضا اذا كان الموفى مدينا متضامنا أو مدينا فى دين غير قابل للانقسام أو كان كفيلا متضامنا فلا يرجع على أى من شركائه الا بقدر حصة الشريك[1].

- الأحوال التى لاينتقل فيها حق الدائن الى الموفى انتقالا كاملا[2]:

– هناك أحوال لايكون فيها الحلول كاملا – ويمكن ارجاعها **الى ثلاثة حالات:**

الحالة الأولى: الوفاء الجزئى:

وهو قيام الموفى بالوفاء للدائن بمبلغ أقل من قيمة الدين وعندئذ فان الموفى لايرجع على المدين الا بمقدار ماوفى – وهذا هو ماتنص عليه المادة (٣٢٩ مدنى) فى فقرتها الأخيرة». «هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن» فالموفى عندما يقوم بالوفاء بالدين لايكون مضاربا، وبعبارة أخرى. أن الموفى لايشترى من المدين حقا متنازعا فيه ولايكون له بالتالى الرجوع على المدين الا بالقدر الذى أوفى به فاذا كان الموفى لم يؤد للدائن الا بعض الدين فإن الأمر لايخرج من **أحد أمرين:**

---

(١) انظر الوجيز للسنهورى، ص ١١٣٢ – أنظر د/ الصده ،المرجع السابق، ص ٢٠٨ حيث يرى الدكتور الصده بصدد الدفوع أن الدفع المتصل بشخص الدائن كنقص أهليته لايظل قائما بعد الحلول.

(٢) انظر د/اسماعيل غانم،المرجع السابق، بند ٢٣٤ ص ٤١٠ ومابعدها.

(أ) **امـا أن يتنازل الدائن عن الجزء الباقى:** وفى هذه الحالة يستفيد المدين دون الموفى بهذا الابراء. لأن الموفى لايرجع عليه كما سبق القول الا بمقدار مادفعه فعلا للدائن لابقدر الدين كله. وذلك على عكس حوالة الحق حيث يتم شراء الحق بمبلغ أقل من قيمته، ومع ذلك ينتقل الحق عن طريق الحواله بكامل مقداره ويرجع به كله على المدين. أما الوفاء مع الحلول فليس مضاربه كما فى الحواله لأنه لايشترى الحق من الدائن بأقل من قيمته كما يفعل المضاربون فى الحواله بل يراد به أن يحصل الموفى على مادفعه فقط.

(ب) **اما أن يكون الدائن قد أرتضى الوفاء الجزئى دون أن يتنازل عن الجزء الباقى.**

فى هذه الحالة يصبح للمدين دائنان: الدائن الأصلى بالنسبة للباقى، والموفى بالنسبة للجزء الذى أوفى به والذى حل فيه محل الدائن. وفى هذه الحالة نصت المادة ١/٣٣٠ على أنه **«اذا وفى الغير للدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون فى استيفاء مابقى له من حق مقدما على من وفاء مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.**

والنص نص مكمل لاراده طرفيه حيث يتقدم الدائن الأصلى على الموفى فى استيفاء حقه المتبقى من المدين مالم يوجد اتفاق بينه وبين الموفى يقضى بأن يتقدم الموفى على الدائن فى الاستيفاء من المدين.

ولكن اذا حل شخص أخر محل الدائن فيما بقى له من حق، كان الموفى الاول والموفى الثانى فى منزله سر (م ٢/٣٣٠) اذ لامبرر لأن يفترض انصراف النيه الى تقديم أحدهما على الآخر[1].

---

(١) انظر د/اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٢٣٥ ص ٤٠١/٤.

الحالة الثانية: الوفاء من أحد الملزمين بالدين معا (مدين متضامن):

اذا كان الموفى مدينا متضامنا أو كفيلا متضامنا أو مدينا مع آخرين فى دين غير قابل للانقسام فلا يستطيع الرجوع على كل من المدينين الآخرين الا بقدر حصه من يرجع عليه وذلك تفادا لتكرار الرجوع(١).

الحالة الثالثة: حالة الوفاء من حائز العقار المرهون (م ٣٣١ مدنى):

نصت المادة (٣٣١ مدنى) على أنه «**اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز العقار آخر مرهون فى ذات الدين، الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ماحازه من عقار**».

ومن النص السابق يتضح لنا أن رجوع الحائز على حائز آخر محدد بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة العقار الذى آل اليه. وتنطبق ذات القاعدة التى تطبق على المدينيين المتضامنين على الحائزين **المتعددين لعقارات مرهونه لضمان دين واحد:** اذا وفى حائز لعقار منها كل الدين، وحل محل الدائن فإنه لايستطيع أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون لضمان الدين بكل مادفعه بعد استنزال حصته بنسبة قيمة العقار الذى حازه. بل له فقط أن يرجع عليه بقدر حصته هذا الحائز فى الدين بحسب قيمة العقار الذى حازه. **وهكذا ينقسم الدين فى العلاقات بين الحائزين بنسبة حصة كل منهم فيه حسب قيمة العقار الذى حازه، كما ينقسم بين المدينين المتضامنين وذلك حتى لايتكرر الرجوع على الحائزين الآخرين الذين يقومون بالوفاء.**

---

(١) انظر السنهورى، المرجع السابق، بند ٣٩٨.

المطلب الثانى
الموفى له

- الموفى له هو الدائن أو نائبه:

-الأصل أن يكون الوفاء للدائن - أو فى عبارة آخرى، التى يكون دائنا وقت حصول هذا الوفاء، ويجب أن يكون الدائن ذا أهلية لاستيفائه، حتى يقع الوفاء صحيحا وبالتالى ميرئا لذمة المدين فإذا كان ناقص الأهلية، وقع الوفاء قابلا للأبطال لمصلحته فلا يبرئ ذمة المدين الا اذا اجازه الدائن بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين ولكن ذمه المدين تبرأ من الدين بقدر ماعاد على القاصر من منفعه بسبب هذا الوفاء، وذلك تطبيقا لقواعد الاثراء بلا سبب(١).

- واذا كان الدائن ناقص الأهلية أو عديمها أو كان غائبا تعين الوفاء لنائبه، وهو حسب الأحوال وليه، أو وصيه أو القيم عليه، أو الوكيل عنه. وعلى الموفى أن يتحقق من وجود النيابه، وله أن يطلب الى الوكيل أن يقدم مايثبت صفته ويكون ذلك عادة بابراز سند التوكيل. ومع ذلك يعتبر ذا صفه فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصه صادرة من الدائن الا اذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا. وقد نصت المادة ٣٣٥ مدنى على هذا المعنى بقولها **«يكون الوفاء للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصه صادرة من الدائن، الا اذا كان منفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً» ومثال ذلك:** أن يعطى المالك ايصالات بالاجرة الى بواب عمارته لتحصيلها فتثبت بهذا للبواب صفه فى قبض الاجره من المستأجرين(٢).

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٩٣.

(٢) انظر جمال زكى ، المرجع السابق، بند ٥٦٤ ص ٩٥٤.

الوفاء لغير الدائن:

لايجـوز فـى القـاعـده العـامـه أن يكـون الوفـاء لغـير الدائن أو نائبـه. فالوفاء لغير الدائن أو نائبه لايكون صحيحا ولايبرئ ذمه المدين ولكن المشـرع نص على حـالات ثلاث يكون فـيـهـا هذا الوفـاء أى لغـير الدائن صحيحا ويبـرئ ذمة المدين على سبيل الاستثناء فنص فى المادة ٣٣٣ على أنـه **«اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمـة المـدين الا اذا أقر الدائن هـذا الوفـاء أو عـادت عليـه منفـعـه منه وبقدر هـذه المنفعه، أو تم الوفـاء بحسن نيـة لشخـص كان المدين فى حيازته».**

ويمكـن لنـا مـن النـص السـابق اسـتـخـلاص هـذه الحـالات الثـلاث:

الحـالة الأولى: اذا أقر الدائن هذا الوفاء، فهذا الاقرار كتصرف قانونى صـادر عن ارادة منفرده يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الذى وفاه، ويترتب ايضا على هذا الاقـرار أن ينقلب الغـيـر وكـيـلا عن الدائن ويتـعين عليـه أن يقـدم حـسـابا للدائن[1].

الحـالة الثـانيـة: اذا عـادت علـى الـدائن منفـعـه من الوفـاء لغيـره برئت ذمـه المـدين بقـدر هـذه المنفـعـه - كـمـا لو تم الوفـاء لدائن الدائن[2].

---

(١) نقض بتاريخ ٢٠/٤/١٩٦٢م - نقض م - ١٣ - ٤١٤.

(٢) انظر د/ عبدالرازق فرج، المرجع السابق ص ١٨٥.

الحالة الثالثة: الوفاء بحسن نية للدائن الظاهر:

- نص على هذا الحكم فى المادة ١٢٤٠ من التقنين المدنى الفرنسى وكذلك نص عليه التقنين المدنى المصرى. فقد يكون الوفاء لغير الدائن وتبرأ ذمه المدين ويكون ذلك **فى حالة ما اذا تم الوفاء بحسن نية للدائن الظاهر:** وهو الشخص الذى يبدو فى نظر الكافة أنه صاحب الحق. ثم يتضح بعد ذلك أن الدائن الحقيقى شخص غيره، كالشأن فى الوارث الظاهر وكالمحال له الذى تبطل حوالته أو تفسخ بعد ذلك، أو أن تكون الحواله صوريه، وكمن يحمل سند الدين ويتضح أنه وصل الى حيازته بغير حق. وكالموصى له اذا أبطلت الوصيه الصادره اليه... ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر حسن نية الموفى، وهى تتوافر اذا كان يجهل شخص الدائن الحقيقى. ويكون الوفاء فى هذه الحالة مبرئا لذمه المدين ويكون للدائن الرجوع على الدائن الظاهر بموجب قاعدة الاثراء بلا سبب، كما يستطيع أن يرجع عليه بالتعويض اذا كان سئ النية[١].

---

(١)- انظر السنهورى، بند ٤٢٤ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢١٧ س ٣٨٥ ومابعدها.

المبحث الثانى
كيفيـة الوفاء

– ان دراسة كيفية الوفاء تقتضى أن نوضح المسائل الاتية:

أولاً: بما يكون الوفاء أى محل الوفاء.

ثانيــاً: الظروف المختلفه التى تحيط بالوفاء من زمن ومكان ونفقات واثبات.

ثالثـاً: نوضح الوسائل التى اوجدها القانون للمدين اذا ماتعنت دائنه وحال دون اتمام الوفاء فنتناول بالشرح اعذار الدائن والعرض الحقيقى.

وذلك فى مطالب ثلاث:

المطلب الأول
محل الوفـــاء

– **يقصد بمحل الوفاء هو ذات الشئ المستحق على المدين**[1].

الأصل: أن يكون محل الوفاء هو عين والتزام به المدين دون زيادة أو نقض او تغيير فاذا كان الشئ المستحق معينا بذاته وجب الوفاء به نفسه لايأتى شئ أخر، واذا كان الشئ نقودا، تعين الوفاء به نقدا ولايمكن ان يجبر الدائن على قبول أى شئ غير النقود ولايجبر الدائن على قبول شيك بالمبلغ المستحق له ولاقبول أوراق تجاريه أو ماليه بقيمة حقه[2]. سواء كان الالتزام باعطاء شئ او كان التزام بعمل او امتناع

(١) انظر بلاثيول وريبير، جزء ٧ مع رادوان، الطبعة الثانية فقرة ١١٥٧.

(٢) بلاثيول وريبير، المرجع السابق، فقرة ١١٥٧.

عن عمل فلا يجبر الدائن على قبول غير ماالتزم به المدين ولو كانت قيمة الشئ تزيد على ماالتزم به المدين أو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة **كما لايجبر المدين** على اداء غير ماالتزم به ولو كانت قيمته أقل من قيمة ماالتزم به. وهذا ماعبرت عنه المادة (٣٤١ مدنى) بقولها: الشئ المستحق **أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى».**

كما أن المدين أن يوفى بكل الشئ المستحق ولايجوز له تجزئته فالقاعده: أنه لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءا جزئيا لحقه وهذا مانصت عليه المادة ١/٣٤٢ مدنى على أنه **«لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على ان يقبل وفاءا جزئيا لحقه مالم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك».**

ولكن القاعدة السابقة لاتتعلق بالنظام العام وقد يجاز، تجزئه الوفاء استثناءا باتفاق الطرفين، أو فى نصوص خاصه، فالدين ينقسم وفقا للمادة ١/٧٩٢ بين الكفلاء المتعددين، واجيز للقاضى وفقا للمادة ٢/٣٤٦ مدنى أن يقسط الدين «نظرة ميسرة» على آجال معقولة كما تنص المادة ٢/٣٤٢ على أنه يجوز تجزئه الوفاء بقولها **«اذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا**

الجزء» ذلك أن مبدأ عدم تجزئه الوفاء مقرر لمصلحه الدائن وله أن ينزل عنه[1].

- تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون:

- تثور مسألة تبين جهة الدفع أو احتساب الخصم عندما يكون المدين ملزما بأن يوفى مع المدين مصروفات وفوائد وكان ماأداه لايفى بالدين مع هذه الملحقات.
- أيضا تثور هذه المسألة عندما تتعدد الدون فى ذمة المدين لدائن واحد، وتكون جميعا من جنس واحد كنقود مثل قيد فى المدين مبلغا لايفى بها جميعا.

ففى الحالتين السابقتين يجب تحديد الديون التى يحتسب منها خصم مادفع. ولقد اجاب المشرع على ذلك فى المواد ٣٤٣، ٣٤٥ مدنى حيث وضع القواعد التى تتبع فى احتساب الخصم فى الحالتين. وهى قواعد مكمله لارادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على مخالفتها.

---

(١) انظر بلاثيول وريبير، المرجع السابق، وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى تعلقا على المادة ٣٤٢ مدنى «اذا كان الدين معين المقدار مستحق الاداء فلا يجوز أن يلزم الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان قابلا للانقسام - على أن هذا الحكم لايجوز على اطلاقه بل ترد عليه استثناءات معينه فقد يتفق على تخويل حق تجزئه الوفاء وقد يولى القاضى للمدين أجلا مقبولا ليسر له الوفاء (نظرة مسره) والمقاصه بقدر الأقل من الدينين اللذين يلتقيان قصاصا واحتساب الخصم من مجموع الديون بنسبه مقدار كل منها: وحق التقسيم عند تعدد الكفلاء. وقد يتصور اعمال قاعدة عدة بجزئه الوفاء اعمالا عكسيا لمصلحة المدين فيكون له أن يصر على اداء الدين باسرة ولو قبل الدائن الاقتصار على استيفاء جزء منه «انظر نقض بتاريخ ١٩٧٢/٢/١٧م - نقض م - ٢٣ - ٢١١.

- وفى حالة الدين الواحد:

نص فى المادة ٣٤٣ مدنى على أنه «**اذا كـان المدين ملزمـا بأن يفى مع الدين مصروفات وفوائد. وكـان مـاأداه لايفى بالدين مع هذه الملحقات خصم مـاأدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين كل هذا مالم يتفق على غيره**».

ومن النص السابق نجد ان الأصل ان الدائن لايجبر على قبول الوفاء الجزئى (م ١/٣٤٢ مدنى) لكن اذا ماقبله فيخصم المبلغ المدفوع أولاً من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين مالم يوجد اتفاق على غير ذلك، وقد يكون الدين مضمونا بتأمين خاص كرهن أو كفالة. وفى هذه الحالة يخصم مايؤديه المدين من هذا البعض أو ذاك وفقا لنية المتعاقدين فإذا لم تتضح هذه النيه فإن مايوفي به المدين يخصم من الجزء غير المضمون وفقا لمصلحة الدائن الذى ماقبل الوفاء الجزئى الا على هذا الاساس.

- وفى حالة تعدد الديون فى ذمة المدين:

نص فى المادة ٣٤٤ مدنى على أنه «**اذا تعددت الديون فى ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد وكان ماأداه المدين لايفى بهذه الديون جميعا، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به مالم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين**».

ومعنى ذلك أن المدين يقوم بتعيين الدين المدفوع عند الوفاء مراعيا مصلحته لامصلحة الغير ويشترط لقيام حق المدين فى تعيين الدين المدفوع: توافر شرطين: **أولهما**: أن يتم هذا التعيين وقت الدفع. **وثانيهما**: الا يقوم مانع اتفاقى او قانونى يحول دون ذلك. كأن يتفق الدائن والمدين مقدما أو عند الدفع على ترتيب معين فى الوفاء بالديون

المتعددة، وأن كان يجوز للطرفين التعديل فى هذا الاتفاق بشرط عدم الاضرار بالغير. ويقوم المانع القانونى اذا كان الدين الذى يحدده المدين مؤجلا لمصلحة الدائن، أو اكبر من القيمة التى يدفعها أو أن يحدد سداد الدين قبل المصروفات والفوائد، فإذا انتفى المانع كان للمدين تعيين أى دين سواء كان أشد كلفه أو كان التقادم فيه أطول أو مضمون برهن أو كفالة، وله أن يعين دينا لم يحل اذا كان الأصل فى مصلحته لامصلحة الدائن(١).

ولكن ماالموقف اذا لم يعين المدين وقت الدفع الدين الذي يريد الوفاء به . أجابت على ذلك المادة ٣٤٥ مدنى بقولها «**اذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة. كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فاذا تعددت الديون الحاله ضمن حساب اشدها كلفه على المدين فإذا تساوت الديون فى الكلفه فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن**».

ومعنى ذلك أنه اذا لم يعين المدين الدين الذى يريد الوفاء به أو كان تعيينه باطلا يكون الخصم من **حساب الدين المستحق الاداء** فإذا توافر هذا الوصف في ديون عدة **فمن حساب أشد هذه الديون كلفه** على المدين (كما اذا كان الدين يقل فائده او كان ثابتاً فى سند تنفيذى أو كان لايتقادم الا بعد مدة طويله جداً أو كان مضمونا ولو بكفاله). على أن تحديد أى الديون أشد كلفه من مسائل الدافع التى تستقبل بتقديرها محكمة الموضوع بغير رقابة عليها من محكمة النقض. **واذا تساوت الديون فى الكلفة**. فقد جعل المشرع الخيار للدائن. فيكون الخصم من حساب الدين الذى يعينه الدائن(٢).

---

(١) انظر السنهوري الوجيز ص ١١٥٨ - د/ الصده ص ١٩٨ - نقض بتاريخ ١٩٣٠/٤/٢٣ - م نقض م - ٢١ - ٧٠٢.

(٢) انظر الوجيز السنهوري ص ١١٦٠ - د/ الصده ص ١٩٩ .

المطلب الثاني

ظروف الوفــاء

- زمان الوفاء:

يجب الوفاء بالالتزام فور نشوئه، مالم يحدد الاتفاق أو نص في القانون وقتا آخر للوفاء به وهذا ماعبرت عنه المادة ١/٣٤٦ مدني بقولها **«يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»** فقد يحدد الاتفاق، للوفاء بالالتزام وقتا لاحقا لنشوئه في ذمة المدين، حين يكون الالتزام مضافا إلى اجل واقف، ولايجب الوفاء به الا عند حلول الأجل كما قد ينص القانون على ميعاد يستحق فيه الالتزام كما هو الشأن في حالة أجرة الحكر، اذ تنص المادة ١٠٠٢ مدني على أنه **«على المحتكر ان يؤدى الاجرة المتفق عليها الى المحكر، وتكون الأجرة مستحقه الدفع في نهاية كل سنة مالم ينص في عقد التحكير على غير ذلك».**

- وقد يعطى القاضى للمدين، اذا لم يمنعه نص في القانون، أجلا للوفاء. وهذا هو مايسمى «بنظرة الميسرة، التي يرجع أمرها الى تقدير قاضى الموضوع التي يمنحها للمدين في أثناء سير الدعويالتي يطالب فيها بالدين، أوفي أثناء اجراءات التنفيذ التي يقوم بها الدائن تنفيذاً للحكم الصادر له أما في حالة ما اذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ فانه لايجوز للمدين أن يستشكل ليطلب نظرة ميسرة. والقاعدة التي تقضي بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام[1] فلايجوز الاتفاق على مخالفتها. فنص في المادة ٢/٣٤٦ مدني على أنه **«يجوز للقاضي في حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين الى**

---

(١) انظر السنهوري، الجزء الثاني من الوسيط بند ٤٦٣.

أجل معقول أو آجال ينفذ التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

- ويشترط لأعمال ماتنص عليه المادة ٢/٣٤٦ مدنى عدة شروط:

الشرط الأول: أن تستدعى حالة المدين أن يمنح نظرة الميسرة: بأن يكون عدم وفائه لالتزامه كبوة مؤقته، مؤجلا زوالها، لارجعا الى مطل منه أو الى اعسار دائم أصابه.

الشرط الثانى: الا يمنع القانون منحها كالشأن فى المادة ١٥٨ مدنى التى تسلب القاضى سلطة تقدير ايقاع الفسخ عند تحقق الشرط الفاسخ الصريح أو المادة ٤٦١ مدنى التى تمنع القاضى فى بيع المنقولات من منح المشترى المتخلف عن سداد الثمن نظرة ميسرة حيث تنص على انه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره».

الشرط الثالث: الا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم. كأن يكون تاجرا يعتمد على حقه فى الوفاء بدين على وشك الحلول[1].

الشرط الرابع: ان يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين أجلا معقولا فينظر فيه الى ظروف المدين حتى يتمكن من الخروج من عثرته. وفى نفس الوقت لايجوز للقاضى أن يمنحه أجلا يعطل به على الدائن حقه، والا كان فى ذلك الاضرار به.

- ويترتب على منح نظرة الميسرة مايترتب على الأجل الواقف فيقف التنفيذ الذى يجرى بسند رسمى غير أنه اذا كان القاضى قد قسط

---

(١) انظر د/ جمال زكى، المرجع السابق ص ٩٧٠ بند ٥٧٦.

الدين فإن تأخير الوفاء بأحد الاقساط يؤدى الى حلول باقى الاقساط ويجوز للدائن اتخاذ الاجراءات التحفظيه كقطع التقادم وقيد الرهن.
ولنظرة الميسرة أثر نسبى يقتصر على المدين الذى منحها له القاضى فلا يستفيد منها غيره من المدينين المتضامنين أو الكفيل ثم هى مقصورة على الدائن الذى حكم بها فى مواجهته فلا تتعداه الى باقى الدائنين ولو كانوا متضامنين ويسقط الاجل القضائى بما يسقط الاجل الاتفاقى وفقا للمادة ٢٧٣ مدنى والتى تنص على أنه «يسقط **حق المدين فى الأجل:**

١) اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون.

٢) اذا أضعف بفعله الى حد كبير ماأعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد اعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا مالم يؤثر الدائن ان يطالب بتكمله التأمين اما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه فإن الاجل يسقط مالم يقدم المدن للدائن ضمانا كافيا.

٣) اذا لم يقدم للدائن ماوعد فى العقد بتقديمه من التأمينات[1] «على أن نظرة الميسرة خلافا للأجل الاتفاقى، لاتمنع وقوع المقاصة القانونية اذا أصبح الدائن مدينا لمدينة وهذا ماعبرت عنه المادة ٢/٣٦٢ مدنى بقولها **«ولايمنع المقاصه أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهله منحها القاضى أو تبرع بها الدائن».**

- مكان الوفاء:

تنص المادة ١/٣٤٧ مدنى على أنه:

١) اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام مالم يوجد اتفاق او نص قضى بغير ذلك.

---

(١) انظر السنهورى ، بند ٤٦٤، ٤٦٥ - د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ١٦٨.

٢) أمـا فى الالتـزام الأخـرى فـيكون الوفـاء فـى المكان الذى يوجـد فـيـه مـوطن المدين وقت الوفـاء، أو فى المكان الذى يوجد فيـه مركز اعمـال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال».

ومـعنى ذلك أن مكان الوفـاء يخـتلف بحـسب مـا اذا كـان مـحل الالتزام شيئـا معينا بالذات (م ١/٣٤٧ مدنى) أم كـان شيئـا آخر (م ٢/٣٤٧ مدنى).

- **فاذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات:** وجب تسليمـه فى المكان الذى كان موجودا فيه. فإذا باع شخص سياره معينه، فانه يلتزم بتسليمها فى المكان الذى كانت موجودة فيه وقت ابرام عقد البيع. أما اذا اتفق الطرفان على مكان الوفاء فعندئذ جب على المدين الوفاء بالتزامـه فى المكان المتفق عليه وقد يكون هذا الاتفاق صريحـا وقد يكون ضمنيا، ولايشترط له شكل خاص.

- **أما اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بنوعه:** كمائة اردب قمح فان مكان الوفاء يكون موطن المدين وقت الوفاء أو مركز اعماله اذا كان الالتزام متعلق بهذه الاعمال. فالالتزام هنا يسعى اله الدائن ولايسـعى به المدين والعبـرة بالموطن أو مـركز الأعـمال وقت الوفـاء لا وقت نشـوء الالتزام.

- هذا وقد يتغير مكان الوفاء بنص القانون كالمادة ٤٥٦ مدنى بالنسبة لثمن المبيع حيث نصت على أنه «**يكون الثمن مستحق الوفـاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك.**» المادة ٤٣٦ مدنى بالنسبة لتصدير المبيع والمادة ٦٤٢ بالنسبة للشئ المعار.

- نفقات الوفاء:

نصت المادة ٣٤٨ مدنى على أن «**نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك**».

ومن ذلك نجد أن نفقات الوفاء - كمصاريف شحن البضاعه الى مكان التسليم، ومصاريف ارسال حواله بريديه بمبلغ الدين، ونفقات شهر العقد ان كان من العقود التى يجب شهرها تقع على عاتق المدين الا اذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك أو كان هناك نص قانونى كنص المادة ٤٦٢م من تحميل المشترى رسوم تسجيل عقد بيع العقار، فهذا النص استثناء من القاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٣٤٨ مدنى، اذ أن نفقات التسجيل هى نفقات لازمة لوفاء البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى.

- اثبات الوفاء:

الوفاء تصرف قانونى فيخضع فى اثباته لحكم القواعد العامه فى الأثبات، ويقع عبء اثباته على عاتق المدين، ويكون الاثبات بذات الطرق التى يثبت بها قيام الالتزام واذا كانت القواعد العامه تخول الموفى الحصول من الدائن على مخالصه بما أوفى فان المادة ٣٤٩ مدنى تخوله كذلك أن طلب من الدائن اذا أوفى الدين كله رد سند الدين أو الغاؤه أما اذا قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصه بما وفاه مع

المطلب الثالث
العرض الحقيقى والايداع

– قد يرفض الدائن استيفاء حقه دون مبرر من المدين. فلا يكون له أمام امتناع الدائن عن قبول الوفاء سوى القيام بالعرض الحقيقى والايداع[١].

الذى يمر بمراحل ثلاث:

الأولى: اعذار الدائن،

والثانية: العرض الحقيقى،

والثالثة: الايداع وقد تضمن التقنين المدنى بعض قواعد العرض الحقيقى والايداع، وأحال على تقنين المرافعات فى بقية قواعده.

- اعذار الدائن:

تبدأ هذه الاجراءات بعرض الوفاء على الدائن عرضا حقيقيا فى الميعاد المحدد للوفاء به. ويجب أن يعرض المدين على الدائن الوفاء بكل الدين وملحقاته فاذا رفض الدائن قبول الوفاء المعروض، أو رفض القيام بعمل من الأعمال التى لايتم الوفاء الا بها، كان على المدين أن يسجل عليه هذا الرفض باعلان رسمى على يد محضر، وبهذا يعتبر الدائن أنه قد أعذر من الوقت الذى سجل فيه الرفض وقد أوضحت المادة ٣٣٥ مدنى **الآثار التى تترتب على الاعذار وهى:**

١) يتحمل الدائن تبعه هلاك الشئ أو تلفه.

---

(١) انظر السنهوري ، ص ١١٦٦ والصده ص ١٩٩.

(٢) Offres; réelles, et, consignation وأنظر بويه Bouet، العرض الحقيقى، رسالة باريس سنة ١٩١٠م.

٢) اذا كان الدين يغل فوائد وتم اعذار الدائن الذى رفض الوفاء فان سريان هذه الفوائد يقف سواء كانت اتفاقية أو قانونية.

٣) للمدين حق المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الدائن.

٤) يحق للمدين بعد الاعذار أن يتخذ اجراءات العرض الحقيقى، واتباع هذا العرض بالايداع على نفقة الدائن.

العرض الحقيقى:

بعد مرحلة الاعذار يحق للمدين أن يقوم بإجراءات العرض الحقيقى، وقد نظم قانون المرافعات اكجراءات العرض الحقيقى أو القانونى في المادتين ٤٨٧، ٤٨٩ منه فنص المادة ٤٨٧ مرافعات على أنه «يحصل العرض الحقيقى باعلان الدائن على يد محضر، ويشتمل المحضر على بيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه ويحصل عرض مالايمكن تسليمه من الاعيان فى موطن الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر بتسليمه».

ومعنى ذلك أن العرض الحقيقى يتم باعلان الدائن على يد محضر. وبين فى هذا الاعلان مايجب أن يقوم المدين بعرضه من أشياء أو نقود يمكن تسليمها فى موطن الدائن وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه[1].

كما نصت المادة ٤٨٩ مرافعات على إجراءات بسيطه للعرض أمام المحكمة حال المرافعه بقولها «يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق بند ٢٢٤ - د/ جمال زكى، المرجع السابق بند ٥٦٨.

أمام المحكمة بدون اجراءات اذا كان من وجه اليه العرض حاضرا. وتسلم النقود المعروضه عند رفضها لكاتب الجلسة لايداعها خزانة المحكمة، ويثبت فى محضر الايداع ماأثبت فى محضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه. واذا كان المعروض فى الجلسة من غير النقود تعين على العارض أن يطلب الى المحكمة حارس عليه ولايقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس. وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض».

فاذا ماقبل الدائن العرض ذكر هذا فى محضر العرض ويتم بذلك استيفاء الدائن للحق ويتحمل الدائن بمصروفات العرض، الا اذا اتضح أن المدين كان متسرعا فى الالتجاء الى هذا الاجراء.

أما اذا رفض الدائن العرض، أثبت ذلك فى المحضر ويلجأ بعد هذا الى الايداع.

- الايــداع:

نظم المشرع المواد من ٤٨٨ - ٤٩٣ مرافعات كيفية الايداع حيث فرق بين ما اذا كان المعروض نقودا أو ما اذا كان منقولات يسيرة النقل وبين ما اذا كان منقولات عسيرة النقل كالآت الزراعة والسيارات والمؤن وأدوات العمارة أو عقارات.

- ففى الحالة الأولى:

- وهى النقود يقوم المحضر بايداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الاكثر وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه (م ٤٨٨ مرافعات).

- وفى الحالة الثانية:

- وهى المنقولات يسيرة النقل: يطلب المدين من قاضى الامور الوقتيه وفقا للمادة ٣٣٦ مدنى أو من قاضى الأمور المستعجلة وفقا للمادة ٤٨٨ مرافعات تعيين حارس لحفظ الشئ فى المكان الذى يعينه القاضى وقد يكون خزينه المحكمة.

- أما فى الحالة الثالثة:

- وهى المنقولات عسيرة النقل (العقارات): فيكون للمدين أن يطلب بالطريقة نفسها تعيين حارس على الشئ حيث يوجد، وفى جميع الاحوال تقوم الحراسة مقام الايداع(١).

- أثر العرض والايداع:

- اذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه، جاز للدائن أن يقبل العرض بعد أن كان قد رفضه، وبعد أن كان الايداع قد تم بناء على هذا الرفض، فعندئذ **يعتبر قبوله للعرض** مبرئا لذمه المدين، وقد يصر الدائن على الرفض، فيطلب المدين من المحكمة الحكم بصحه العرض والايداع، وتبرأ ذمة المدين من يوم العرض لا من الوقت الذى تقضى فيه المحكمة بصحة العرض ولايصدر الحكم بصحة العرض الا اذا تم ايداع المعروض مع فوائده التى استحقت لغاية يوم الايداع(٢).

- وهذا ماقضت به المادة ٣٣٩ مدنى بقولها **«يقوم العرض الحقيقى بالنسبة الى المدين مقام الوفاء، اذا تلاه ايداع يتم وفقاً لاحكام قانون المرافعات، أو تلاه أى اجراء مماثل، وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته»**.

---

(١) انظر السنهوري ، بند ٤٣٤ - انظر نقض بتاريخ ١٩٧٢/٢/١٧م - م نقض م - ٢٣ - ٢١١.

(٢) انظر د/ عبدالمنعم البدراوى، أحكام الالتزام فقرة ٣١٣.

- وخلاصة القول:

- ان ذمة المدين تبرأ فى حالتيه: **الأولــى:** اذا قبله الدائن وفقا للقانون. **والثانية:** اذا حكم نهائيا بصحة العرض والايداع.

المبحث الثالث

أثـر الوفــاء

- الأصل أنه يترتب على الوفاء انقضاء الالتزام، وذلك سواء كان الموفى أو الغير. وفى حالة قيام الغير بالوفاء فان له حق الرجوع على المدين طبقا للقواعد العامه (دعوى الوكاله أو الفضاله أو الاثراء بلاسبب٩ فيصبح الغير فى الحالة بمثابة دائن جديد له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء.

. هذا ويترتب على القول بأن الغير يصبح دائنا بدين جديد لاصله له بالدين القديم أنه لايجوز له أن يستند الى تأمينات كانت ضـامنه للدين القديم الذى وفاهوذلك عند رجوعه على المدين. أيضا اذا كان المدين معسرا تعرض الموفى لمزاحمه الآخرين وتقسم الأموال بينهم قسمه غرماء.

واذا نظرنا **الى تطبيق القواعد العامه** لوجدنا أنها تسبب ضررا للغير الذى يقوم بالوفاء حيث قد لايستطيع استرداد ماوفاه بسبب مشاركه الآخرين له فى استيفاء ديونهم والمشاركه فى قسمه الغرماء. ولهذا نجد ان المشرع نص فى بعض الحالات التى للغير فيها مصلحة فى الوفاء بالدين. على حلول الموفى محل الدائن. فيكون له أن يرجع على المدين بنفس الحق الذى كان للدائن بالاضافه الى دعـواه الشخصية ويستطيعان يستفيد من التأمينات الضامنه لهذا الحق[1]. وقد تناولنا من قبل حالات الوفاء مع الحلول بالشرح فيمكن الرجوع اليها.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٣٩٣/٣٩٤.

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

– ينقضي الالتزام بالوفاء به، كما ينقضي بما يعادل الوفاء به، فالالتزام ينقضي بالمقاصه، وبالوفاء بمقابل، وبالتجديد وبالانابه، وباتحاد الذمه.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

- تعريف الوفاء بمقابل وطبيعته القانونية:

هو قبول الدائن مقابلا يستعيض به عن المستحق له أصلا، وفى هذه الحالة يقوم المدين فى سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن باعطاء الدائن شيئا آخر غير الذى كان ملتزما به. وقد عبرت عن ذلك المادة ٣٥٠ مدني بقولها **«اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء».**

- مثال ذلك:

ان يكون المدين ملتزما بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن اعداد المبلغ المطلوب، فيقوم بدلا منه شيئاً معينا (بضائع أو سلع) نقل ملكيته للدائن، أو يحول للدائن حقا شخصيا ثابتا له (للمدين) قبل شخص آخر. وليس هناك مايمنع ملتزما بنقل ملكيه عقار أو منقول ويقوم بدلا من ذلك عقارا آخر ونقود(١).

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، بند ٢٥٠ ص ٤١٣ – د/ توفيق فرج، ص ٢١٩، د/ جلال العدوى ص ٢٩١ ؛ السنهوري، فقرة ١١٧١ ومابعدها، سليمان مرقس فقرة ٨٣٧، ٨٣٨.

- أما بالنسبة للطبيعة القانونية للوفاء بمقابل[١]:

اختلف الفقه الفرنسى بشأن الطبيعه القانونية للوفاء بمقابل فذهب البعض الى القول بأنه يعتبر تجديداً للدين أى ينقضى به التزام المدين وينشأ بدلا منه التزام جديد يختلف عنه فى محله ولكن هذا القول لايصدق اذا كان محل التزام المدين عملا أو امتناعا، لا اعطاء[٢] ولكن البعض الآخر لم يرى فى الوفاء بمقابل سوى وفاء للدين من طبيعة خاصة[٣].

- آثار الوفاء بمقابل:

نصت المادة ٣٥١ مدنى على أنه **«يسرى على الوفاء بمقابل فيما اذا كان ينقل ملكية شئ اعطى فى مقابله الدين، أحكام البيع وبالأخص ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفيه، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين احكام الوفاء، وبالأخص ماتعلق منها يتعين جهه الدفع وانقضاء التأمينات».**

ومن النص السابق تجد أن الوفاء بمقابل عملية قانونية مختلطه تجمع بين البيع والوفاء فينطوى على نقل الملك بمقابل، وتنطبق عليه أحكام البيع من هذا الوجه. فيجب أن تتوافر فى طرفيه أهلية التصرف، كما يلتزم البائع بضمانهما.. ويؤدى الوفاء بمقابل، من ناحية أخرى، الى انقضاء الدين، فتسرى عليه، فيما يتعلق بهذا، أحكام الوفاء فتنقضى التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بهذا الدين واذا كانت هناك ديون متعدده بين الدائن والمدين، وجب اتباع فوائد احتساب الخصم التى نص عليها المشرع (م ٣٥١).

---

(١) انظر فى ذلك د/ جمال زكى، بند ٥٧٩ ص ٩٧٢/٩٧٣.

(٢) انظر مازو، دروس جـ ٢ فقره ٨٩٣.

(٣) انظر مازو، المرجع السابق فقرة ٨٩٤، مارتى ورينو، المرجع السابق، فقرةج ٥٩٠ – د/ عبدالحى حجازى، المرجع السابق، فقرة ٢٠١ ومابعدها.

المبحث الثانى

التجديــد[١]

- **تعريف:**

تجديد الدين هو الإتفاق على أن يستبدل بالتزام قديم التزام جديد يقوم مقامه.

والتعريف السابق يوضح لنا أن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام بالنسبة للالتزام القديم، وسبب من أسباب انشاء الالتزام بالنسبة للالتزام الجديد[٢].

وهو فى الحالتين، تصرف قانونى ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم اما بتغيير محله أو فى مصدره، واما بتغيير المدين واما بتغيير الدائن[٣] وقد نصت المادة ٣٥٢ مدنى على ذلك بقولها « **يتجدد الالتزام:**

أولاً: بتغيير الدين اذا اتفق الطرفاء على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره.

---

(١) انظر د/ السنهورى، الوجيز فقرة ١١٨ ومابعدها - د/ اسماعيل غانم، فقرة ٥٢٩ ومابعدها - سليمان مرقس فقرة ٨٦١ ومابعدها - د/ عبدالرازق فرج، المرجع السابق، ص ٢٠٠ بند ٢١٣ ومابعدها.

(٢) د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٢٣٧ ص ٤٠٣.

(٣) انظر د/ السنهورى، الوسيط جـ ٣ ص ٩٥٤ بند ٤٨٤ - جمال زكى، المرجع السابق، بند ٥٨٥ د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، بند ٤٢٦ - انظر نقض ٦٥/٥/١٣ - م نق م - ١٦ - ٥٨٣).

ثانياً: بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يـكون هـذا الأجنبى مـديـنا مكان المدين الأصلـى وعلـى أن تـبـرأ ذمـة المدين الأصلـى دون حاجة لرضـائه، أو اذا حـصل المديـن على رضـاء الدائـن بشــخــص اجنبى قــبــل أن يكون هـو المدين الجديد.

ثالثاً: بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الاجنبى هو الدائن الجديد.

هذا ونتناول بالشرح التجديد والآثار التى تترتب عليه:

المطلب الأول

شروط التجديد[١]

- يمكن رد شروط التجديد الى ثلاثة:

الشرط الأول:

التزام قديم:

لكى يتم استبدال دين جديد بدين قديم، لابد من وجود هذا الدين القديم وبغير ذلك لايتصور منطقا قيام التجديد لأنه اذا لم يوجد التزام يقضى فلن ينشأ الالتزام الجديد، اذ يكون الاتفاق باطلا لتخلص سببه.

وعلى ذلك اذا كان الالتزام القديم قد انقضى، قبل التجديد لأى سبب من أسباب الانقضاء كان الاتفاق على تجديده باطلا، وكذلك الحال اذا كان مصدر الالتزام القديم عقدا باطلا بطلانا مطلقا، فان الالتزام يكون معدوما فى نظر القانون وقد نصت على ذلك المادة ١/٣٥٣ على ذلك بقولها **«لايتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان»[٢].**

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٨٦٢ ومابعدها - د/ السنهورى، الوسيط جـ ٣ ص ٩٥٦ بند ٤٨٥ ومابعدها.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، ص ٤٠٣ ومابعدها بند ٢٣٩. وقد قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٦٠٦ بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٩م سنة ٤٣ ق بأن «اذا كانت المادة ١/٣٥٣ من التقنين المدنى تفترض فى التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه، فاذا كان الالتزام القديم باطلا امتنع ان يكون محلا لتجديد لأنه بات التزاما معدوما فى نظر القانون «وقضت بتاريخ ٧٤/٢/١٨م نقض م - ٢٥ - ٣٥٨ بأن «التجديد لايرد على العقد الباطل، واذا كان ماقرره الحاكم بشأن مثل هذا التجديد تزيد يستقيم الحكم بدونه، فأن النص عليه فى هذا الصدد يكون غير منتج ولاجدوى منه».

- فاذا كان الالتزام القديم ناشئا من عقد قابل للابطال. فالعقد يعتبر صحيحا منتج لآثارة الى ان يقضى بابطاله. ولهذا ينشأ الالتزام صحيحا ولكنه يزول بأثر رجعى اذا قضى بابطال العقد. ولما كان العقد القابل للابطال قد تلحقه الاجازه، وبها يسقط الحق فى التمسك بالبطلان. فان الاتفاق على التجديد قد يستفاد منه اجازة العقد. فإذا كان من انه الحق فى التمسك بالبطلان قد ارتضى رغم علمه بالعيب الذى لحق العقد تجديد الالتزام. فأن رضاءه يتضمن قصد التنازل عن حقه فى طلب ابطال العقد، ويستفاد هذا المعنى من نص المادة ٢/٣٥٢ بقولها «**أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للابطال فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازه العقد وأن يحل محله**».
- **والرأى الراجح فى الفقه أن** التجديد لايرد على التزام طبيعى وأنه لايرد الا على دين مدنى. اما الالتزام الطبيعى فانه يصلح فقط لأن يكون سببا لالتزام مدنى.

الشرط الثانى:

التزام جديد:

يجب أن ينشأ التزام جديد. ذلك لأن التجديد قصد منه احلال التزام جديد محل التزام قديم وهذا يعنى ان يختلف الالتزامان فى عنصر من عناصرهما، فالتجديد قد يتم بتغيير الدين سواء فى محله أو سببه أو يتغيير احد طرفى الالتزام الدائن او المدين هذه العناصر الثلاثة لازم للتجديد.

الشرط الثالث:

نية التجديد:

يستفاد هذا الشرط من نص المادة ١/٣٥٤ مدنى بأن «**التجديد لايفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف**».

والنص السابق يوضح لنا أنه لابد أن تكون نية التجديد صريحه فى العقد أو أن تكون واضحه بحيث لايكون هناك مجال للشك فيها. فإذا قام شك فيما اذا كان يراد التجديد أو عدم التجديد فيفسر الشك ضد التجدد[1].

هذا ويقع عبء اثبات نية التجديد على عاتق مايدعيه ويخضع فى ذلك للقواعد العامه. كما أن استخلاص نية التجديد من الظروف مسأله واقع يستقل بها قاضى الموضوع مادام استخلاصه سائغا وله سنده من الأوراق[2].

ومما سبق نجد أن جوهر التجديد هو انصراف الارادة الى انشاء التزام جديد وانقضاء الالتزام القديم، ولهذا يجب أن يكون كل من أطرافه أهلا لعقده، لأن الاراده لاتكون صحيحه الا اذا صدرت عن ذى

---

(١) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٦٥/٥/١٣ - م نقض م - ١٦ ٥٨٣ بأن «كون التجديد لايفترض وهو ماتنص عليه الفقره الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لايقتضى أن ينص صراحة فى العقد على التجديد بل أنه يقوم أيضا - وعلى ماتقرره تلك المادة اذا كان يستخلص بوضوح من الظروف».

(٢) د/ السنهورى، الوسيط، بند ٤٩٧ ص ٩٧٨ ومابعدها. الوجيـز بند ٥٧٦ ص ٥٩٩ ومابعدها.

أهلية والأهلية اللازمه فى لتجديد هى أهلية التصرف. اذ أن التجدد من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن ومادام التجديد من أعمال التصرف فإن ولايه الادارة لاتكفى، فلايجوز للوصى على القاصر الاتفاق على التجديد إلا بإذن المحكمة[1].

هذا وقد أتى المشرع بتطبيقات لقاعدة عدم افتراض التجديد فى المادة ٢/٣٥٤ بقوله **«وبوجه خاص لايستفاد التجديد من كتابه سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير ولايتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتام من تعديل لايتناول الا التأمينات أو سعر الفائده، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره».**

كما نص فى المادة ٣٥٥ على أنه **«لايكون تجديد مجردا تقييد الالتزام فى حساب جار، وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره على انه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص، فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك».**

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، بند ٢٤٤ ص ٤٠٦/٤٠٧.

المطلب الثانى
آثار التجديد[1]

يعتبر التجديد طريقا لانقضاء الالتزام، ويقترب فى هذا من الوفاء الا أنه يختلف عن الوفاء فى أن قضاء الالتزام القديم يكون عن طرق انشاء التزام آخر، ولذلك فليس لمن وكله الدائن فى استيفاء الدين (الوكيل بالقبض) أن يتفق على التجديد[2] ويترتب على انقضاء الالتزام انقضاء توابعه وأهمها تأميناته التي تضمن الوفاء به وبانقضاء ذلك الالتزام فلا تنتقل الى الالتزام الجديد ولقد نص المشرع على هذا الاثر فى المادة ١/٣٥٦ مدنى بقوله «يترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الألى بتوابعة وأن ينشأ مكانه التزام جديد «غير أن القانون قد ينص أحيانا على انتقال تلك التأمينات الى الالتزام الجدد استثناء كما قد يتفق الطرفان أو يتضح من الظروف انصراف النية الى انتقال التأمينات الى الالتزام الجديد فإذا لم يوجد نص أو اتفاق فانها لاتنتقل الى الالتزام الجديد وقد عبرت المادة ٢/٣٥٦ مدني عن ذلك بقوها «ولاينتقل الي الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص في القانون أو الا اذا تبين من الاتفاق او من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك».

كما أجاز المشرع الاتفاق على نقل تلك التأمينات، مفرقا بين نوعين من التأمينات: التأمينات العينية التى قدمها المدين، والتأمينات التى قدمت من الغير فنص فى المادة ٣٥٧ مدنى على أنه:

---

(١) انظر سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٧٠ - د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٢٤٥ ومابعدها د/ السنهوري ، المرجع السابق، بند ٤٩٩ ومابعدها ص ٩٨٧ ومابعدها - د/ محمد عمران ص ٢٤٨ ومابعدها.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، ص ٤٠٧/٤٠٨ بند ٢٤٤.

١) «اذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى، فان الاتفاق عل نقل هذه التأمينات الى الالتزام الألى الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية:

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لاتلحق ضررا بالغير[١].

(ب) اذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استيفاء التأمينات العينية دون حاجة الى رضاء المدين القديم.

(جـ) اذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقا على استبقاء التأمينات.

٢) ولايكون الاتفاق على نقل التأمينات العينيه نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات لترتب على ذلك انقضاء تلك التأمينات بانقضاء الدين ذاته، فلا يستطاع بعثها من جديد ويقصد بالتأمينات العينيه فى هذا الخصوص الرهن بنوعيه واما عن حق الامتياز فإنه لصيقا بالالتزام الجديد ويرتبط به لأنه يتقرر بنص فى القانون لصفحه فى الدين جعلته فى نظر القانون جديراً بالحماية.

---

(١) فلو كان الدين القديم قدره ٤٠٠٠ جنية وكان مضمونا برهن على عقار قيمته ٦٠٠٠ جنية وكان العقار مرهونا رهنا ثانيا لدائن آخر بدين قدرة ٢٠٠٠ جنية ثم جدد الدين الأول، لضمان الدين الجديد، فلا يضمن الرهن من الدين الجديد الا بقدر ٤٠٠٠ جنية فقط. اذ لو ضمن الرهن الدين الجديد كله لترتب غلى ذلك الاضرار بالدائن المرتهن الثانى - انظر دكتور اسماعيل غانم بند ٢٤٦ ص ٤٠٨/٤٠٩.

وأما اذا كان التأمين قد قدم من غير المدين، وهذا مايتحقق فى كل من الكفاله الشخصية أو العينية او التضامن فانها لاتنتقل الى الالتزام الجديد الا برضاء هذا الغير كفيلا كان أو مدينا متضامنا، وهذا ماعبرت عنه المادة ٣٥٨ مدنى بقولها «لاينتقل الى الالتزام الجديد الكفاله عينيه كانت أو شخصية ولا التضامن، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

المبحث الثالث

الانابه فى الوفاء

«Délegation»

تعريف الانابه فى الوفاء:

تفترض الانابه وجود ثلاثة أشخاص: المنيب، والمناب، والمناب لديه وأمـا عن المنيب déléguant فهو الشخص الذى ينيب عنه غيره فى الوفاء بدين عليه للدائن، ومن ثم المنيب هو المدين. والاجنبى الذى يقبل الوفاء بدين على المدين للدائن يسمى بالمناب délégué وامـا عن المناب لديه délégataire فهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبى لديه ليفى له بالدين ولذلك فقد سمى بالمناب لديه.

وقد عبرت عن ذلك المادة ١/٣٥٩ بأن «تتم الانابه اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين».

- والغالب أن تكون هناك مديونيه سابقه بين المدين (المنيب) والأجنبى (المناب)، وبسبب هذه المديونية يرتضى المناب الانابه ليقضى عن طريقها دينه قبل المنيب. **كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع**

ماعليه من ثمن لدائن البائع. ولكن ذلك ليس بشرط فى الأنابه، فقد لايكون المناب مدينا للمنيب ومع ذلك يرتضى الانابه بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد اقراضه تلك القيمة على ان يطالبه بها بعد ذلك وقد نصت على ذلك[1] المادة ٢/٣٥٩ «ولاتقتضى الانابه أن تكون هناك مديونيه سابقة مابين المدين والاجنبى».

- أنواع الانابه:

والانابه قد تكون كامله وقد تكون ناقصه:

فالنابه الكاملة: «délégation,»

هى التى يرضى بها الدائن ويقبل المناب مدينا له محل المدين الأصلى فى الوفاء بالدين الى الدائن – وفى هذه الحالة تتضمن الانابه تجديداً بتغيير المدين، وذلك اذا اتفق على ابراء ذمة المنيب، وهى فى نفس الوقت تتضمن فى الوقت نفسه تجديداً بتغيير الدائن اذا كانت هناك مديونيه سابقه بين المنيب والمناب. كما فى المثال الذى سبق ذكره.

هذا وقد اشترطت المادة ١/٣٦٠ لبراءة ذمة المنيب (المدين الالى) فى الانابه الكامله قبل المناب لديه:

- أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا.
- ايضا يجب الا يكون المناب معسرا وقت الانابه. لأنه فى حالة اعسار المناب وقت الانابه لايتصور أن يقبل الدائن ابراء ذمة مدينة الاصلى الا نتيجة لجهله بحالة المناب فيكون التجديد قابلا للابطال فى هذه الحالة لوقوع الدائن فى غلط[2].

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤١٠ بند ٢٤٧.

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤١١ بند ٢٤٨. السنهورى، الوجيز بند ٥٨١ ص ٦٠٤ – سليمان مرقس فقرة ٨٧٣.

- **اما الانابه الناقصة:**

هى التى يبقى فيها الدينان القديمان وضاف اليهما دين جديد: اى يبقى المناب لديه دائنا للمنيب، ويبقى المنيب دائنا للمناب، ويصبح المناب لديه دائنا للمناب أى بمعنى آخر لايقوم المناب لديه (الدائن) بابراد ذمة المنيب (المدين) ولكنه يقبل المناب كمدين آخر، وبهذا يكون للدائن مدينان عوضا عن دين واحد وهذا هو الغالب م (٢/٣٦٠) وعلى ذلك نجد أنه يحق للمناب لديه أن يرجع اذا شاء على المنيب بمقتضى الدين القديم، واذا شاء على المناب بمقتضى الدين الجديد. ولايلزم ان بالرجوع على احدهما قبل الآخر، بل له أن يرجع علي أيهما، ولكنهما لايكونان متضامنين لأن سبب الدين مختلف فاذا وفى المناب الدين انقضى دينه قبل المناب لديه، وانقضى ايضا دين المنيب قبل المناب لديه. واذا كان هناك دين على المناب قبل المنيب (مديونيه سابقه) انقضى هذا الدين كذلك[1].

- **التزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد:**

سواء كانت الانابة كامله أو ناقصه فان التزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد من السبب فالمناب قد ارتضى أن يلتزم قبل دائن المنيب اما بقصد الوفاء بدين عليه لصالح المنيب، وأما بقصد اقراض الاخير او بقصد التبرع له وأيا كان السبب فانه لا أثر له على صحة التزامه قبل المناب لديه. ولهذا يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا حتى ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا لعدم مشروعية الباعث عليه أو لعدم مشروعيه المحل، أو قابلا للابطال لعيب فى الارادة. فأن هذا لايؤثر على العلاقة بين المناب، والمناب لديه نظراً لأن التزامه فى هذه الحالة التزام مجرد عن سببه كما ذكرنا.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، بند ٢٤٨ - السنهوري، الوجيز بند ٥٨٢ ص ٦٠٤.

ولهذا لايكون للمناب أن يحتج في مواجهة المناب لديه بالدفوع التي كان للمنيب ان يحتج بها قبل المناب لديه وقد عبرت عن ذلك المادة ٣٦١ مدنى بقولها ».

« يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع ولايبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره».

وقد قصد من مبدأ تجريد التزام المناب حماية المناب لديه لذلك كان له أن يرتضى التنازل عن تلك الحماية.

المبحث الرابع
المقاصـــه
«Lacompensation»

- التعريف بالمقاصه:

المقاصه بوجه عام أداة وفاء وأداة ضمان[1]. **فهى أداة وفاء** لأنها طريق من طرق انقضاء الإلتزام حيث يكون كل من طرفيها دائن ومدين للآخر فبدلا من أن يوفى كل منهما الآخر بدينه ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. وهى **أداة ضمان**: لأن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته يختص به وحده دون غيره من دائنى المدين فيتقدم عليهم جميعا فى استيفاء حقه.

ودراستنا للمقاصه تقتضى أن نوضح **أولاً**: أنواع المقاصه ثم **ثانياً**: شروط المقاصه القانونية وأخيراً آثارها.

---

(١) جاء بمذكره المشروع التمهيدى للمادة ٣٦٢ مدنى «ويتفرع على ذلك ان المقاصه تنطوى على معنيين أولهما معنى الوفاء فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر والثانى معنى الضمان لامن يتمسك بها لتلافى ماوجب فى ذمته لدائنه بما وجب له فى ذمة هذا الدائن من حيث القصاص يضمن استيفاء دينه مقدما على سائر الدائنين.

المطلب الأول
أنواع المقاصـــه

- أن المقاصه قد تكون قانونية، وقد تكون اختياريه وقد تكون قضائيه.

- المقاصه القانونية:

تكون اذا ماتوافرت الشروط التى اشترطها القانون لوقوعها بقوة القانون وهى التقابل بين الدينين - التماثل بين الدينين - الخلو من النزاع وتعيين المقدار - استحقاق الدينين للاداء - صلاحيه الدينين المطالبه بهما قضاء قابليه الدينين للحجز عليهما وتكون اداة وفاء قهرى وهى.

وهذا وسنتناول شروط المقاصه القانونية بشئ من التفصيل فى المطلب التالى.

- المقاصه الأختيارية[1]:

اذا تخلف أحد شروط المقاصه القانونية المذكوره سابقا فلا تقع بقوه القانون، وعندئذ يجوز أن تقعاختياراً. مثل ذلك: أن يتخلف شرط تلاقى الدينين، بأن يكون لدائن دين على قاصر، وعليه دين لوصيه فيجوز للوصى أن يتمسك بالمقاصه بين دين القاصر والدين الذى له (أى للوصى) فى ذمه الدائن[2].

وعلى ذلك فإذا كان الشرط الذى تخلف ممصودا به حماية مصلحة أحد الطرفين جاز لهذا الطرف النزول ضمنا عن هذا الشرط بايقاع المقاصه بأن يكون الدائن فى أحد الدينين مدينا لكفيل

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٢٥ بند ٢٦٦، د/ السنهورى، بندى ٥٥٧، ٥٥٨ وهامشهما.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم، ص ٤٢٥.

المدين، أو وصيه، فيتمسك الكفيل أو الوصى باجراء المقاصه بين حقه وبين الدائن.

وقد يتخلف شرط استحقاق الأداء أو شرط الصلاحية للمطالبه أمام القضاء بالنسبه لأحد الدينين بأن كان أحد الدينين مؤجلا أو مجرد التزام طبيعى، فيجوز للمدين به أن يتمسك بالمقاصه، وقد يتخلف شرط القابيه للحجز بالنسبه لأحد الحقين، فيجوز للدائن به أن يتمسك بالمقاصه وفى حالة اختلاف قيمة الدينين فلا يجوز ايقاع المقاصه، باراده أحد الطرفين منفردا حتى ولو كان الشرط الذى تخلف قصد به مصلحته الا اذا كان هو الدائن بالدين الأكبر وذلك حتى لايجبر الطرف الآخر قبول وفاء جزئى.

أما اذا كان الشرط المتخلف قصد به مصلحة الطرفين كما لو اختلف موضوع الدينين، فلا تقع المقاصة الا باتفاقهما فتكون المقاصه فى هذه الحالة اتفاقية.

وفى جميع الاحوال سواء كانت المقاصه اختياريه او اتفاقيه لاتقع المقاصه الا من تاريخ التمسك بها فى الحالة الأولى (الاختيارية) أو الاتفاق عليها فى الحالة الثانية وبشرط الا تضر بالحقوق التى كسبها الغير.

- المقاصه القضائية:

تكون حيث يتخلف شرط الخلو من النزاع ومعلوميه المقدار لأنه الشرط الوحيد الذى يحسمه القضاء. فإن قضت المحكمة بو/جود

الحق، وعينت مقداره حكمت بالمقاصه بين الحقين، ولذلك يتعين أن تتوافر فى المقاصه القضائية كافة شروط المقاصه القانونية عدا شرط الخلو من النزاع ومعلوميه المقدار. والمقاصه القضائية تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ولكن من تاريخ حكم القاضى لا من تاريخ تقابل الدينين ولا من وقت رفع الدعوى بها[1].

المطلب الثانى
شروط المقاصه القانونية

- التقابل بين الدينين:

- أى التقابل بين الالتزامات، بمعنى أن يكون كل من طرفى المقاصه دائنا للآخر بصفته الشخصية. وبالتالى لايجوز أن تقع المقاصه اذا كان شخص ثالث دائنا لأحدهما دون الآخر، او اذا كان أحد الشخصين دائنا بصفته الشخصية ومدينا بصفته وصيا أو وكيلا. اذ لايجوز للوكيل مثلا أن يتمسك بالمقاصه بين حق موكله ودينه هو.

- أن يكون الدينان من نوع واحد:

أى التماثل فى محل الدينين، فيجب أن يكون محل الدينين متحددا، فلا تقع المقاصه الا اذا كان موضوع كل من الدينين نقودا أو مثليات متحده فى النوع. ولايكفى التماثل فى النوع. بل يجب أن يتحدا أيضا فى الجوده فلا مقاصه بين التزام بتوريد قمح والتزام بتقديم قطن مثلا. ولابين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل[2].

---

(١) د/ السنهورى، بند ٥٦٠ - د/ اسماعيل غانم، بند ٢٦٧ ص ٤٢٦، د/ جمال زكى، بند ٥٩٨ ص ٩٩١.

(٢) انظر البدراوى ص ٣٩٧.

(جـ) أن يكون الدينان خاليين من النزاع:

وهو لايتحقق الا اذا كان كل من الدينين محققا لاشك فى ثبوته ومعلوم المقدار ولابد من اجتماع الأمرين معا. فلا تقع المقاصه اذا كان احد الدينين متنازعا فيه سواء فى صحة نشزته أو فى تحديد مقداره، كالتعويض عن فعل ضار قبل الحكم به. ويأخذ حكم المتنازع فيه كل دين غير محقق الوجود كالمعلق على شرط واقف. فلا تقع المقاصه بين دين خال من النزاع وأخر معلق على شرط واقف أما اذا كان الدين معلقا على شرط فاسخا، فانه يكون موجودا، وان كان غير محقق البقاء، ومن ثم فان المقاصه تقع بينه وبين دين آخر[1]. فان تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصه وعاد الدين المقابل الى الوجود بأثر رجعى.

(د) أن يكون الدينان مستحقى الأداء:

يجب أن يكون الدينان مستحقى الأداء. فإذا كان أحد الدينين مستحق الأداء والآخر مضاف الى أجل فلا تجوز بينهما. لأن المقاصه وفاء اجبارى ولايجبر المدين على الوفاء بدينه قبل حلول الأجل المحدد للوفاء. ولا يمنع من وقوع المقاصه أن يمنح القاضى المدين أجلا للوفاء (نظره ميسره) أو أن يكون الدائن قد منح أجلا للوفاء تبرعا منه (م ٢/٣٦٢ مدنى). ويحل الأجل بحلول مدته، ويصبح الدين الذى كان مضافا الى أجل، دينا حالا وصالحا للمقاصه[2].

---

(١) د/ عبدالرازق السنهورى،المرجع السابق، فقره ٥٣٦.

(٢) انظر د/ السنهورى، بند ٥٣٧ - د/ اسماعيل غانم، بند ٢٥٦، د/ جمال زكى، بند ٥٩٢ ، د/ محمد عمران، ،المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(هـ) أن يكون الدينان صالحين للمطالبة القضائيه:

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما التزاما طبيعيا لاتقع المقاصه، وكذلك الشأن اذا كان أحد الالتزامين أو كلاهما قد مضت عليه مدة التقادم المسقط. ولكن هذا الشرط لايمنع المقاصه بين دينين مختلفى القوة كأن يكون أحدهما مكفولا بتأمينات أو ينتج فوائد أو ثابتا فى حكم أو ورقة رسميه[١].

(و) أن يكون الدينان قابلين للحجز:

اذ يجب أن يكون كلا الدينين قابلا للحجز لأن المقاصه وفاء اجبارى، فمثلا اذا أقرض زوج زوجته مبلغا من المال ثم حكم لها بالنفقه عليه، لم تقع المقاصه بين حق الزوج الناشئ من القرض وبين النفقه المستوجب عليه. ويجب فى هذه الحالة أن يوفى بدين النفقه. ثم يرجع بحقه على زوجته كذلك لاتجوز المقاصه بين أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل[٢] أى لاتقع المقاصه بين أجر العامل ودين عليه لصاحب العمل الا فى حدود القدر الجائز الحجز عليه من هذا الأجر وذلك فى غير الحالات الخاضعة لقانون العمل[٣].

- الديون التى لايجوز فيها المقاصه القانونية:

تقع المقاصه بحسب الأصل فى كل الديون أيا كان مصدرها، ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين وقد عبرت المادة ٣٦٣ مدنى عن ذلك بقولها **«يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصه ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من**

---

(١) انظر د/ السنهورى، بند ٥٣٥.

(٢) انظر د/ السنهورى، بند ٥٣٨ - د/ جمال زكى بند ٥٩٢.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصه من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك».

وقد أوضحت المادة ٣٦٤ مدنى أن المقاصه تقع فى الديون أيا كان مصدرها فيما عدا الأحوال الآتية:

(أ) **اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا ردة:** كأن ينتزع الدائن مايمثل حقه عنوة أو خفية من المدين فليس التمسك بالمقاصه فى هذه الحالة. ويلزم برد مااغتصبه دون حق وليس هذا الا تطبيقا لقاعدة «حظر انتصاف الشخص لنفسه[١]».

(ب) اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عاريه استعمال وكان مطلوبا رده: كالشأن فى الوديعة الناقصه حيث يودع أحد الطرفين لدى الاخر نقودا ولا يأذنه فى استعمالها فان اصبح المودع مدينا للمودع لديه لم تقع المقاصه القانونيه، ويلتزم المودع لديه برد الوديعه، وكذلك الشأن فيما لو أعار المدين دائنه عاريه استعمال عينا معينه فهلكت بتقصير الدائن المستعير فانه لاتقع المقاصه بين التعويض المستحق ولو قدر قضاء أو رضاء دين حق المستعير قبل المعير[٢].

(جـ) **اذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز:**

اى لاتقع المقاصه بين دين قابل للحجز، وآخر غير قابل للحجز وقد سبق ان ذكرنا هذه الحاله عند شرح شروط المقاصه القانونية فيمكن الرجوع الى ذلك[٣].

---

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٧٤.

(٢) انظر د/ السنهورى، بند ٥٤٣ – د/ جمال زكى،بند ٥٩٠. عبدالرازق فرجهذا المرجع ص ٢٢٦.

المطلب الثالث

آثار المقاصه

- إن المقاصه آثار بالنسبه لطرفيها، وآثار فيما بين الطرفين والغير.

أولا: آثار المقاصه فيما بين طرفيها:

نصت المادة ٣٦٥ مدنى على أنه:

«١) لاتقع المقاصه الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولايجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

٢) ويترتب على المقاصه انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصه، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصه كتعيينها فى الوفاء».

- **ويتضح لنا من النص السابق أنه يجب التمسك بالمقاصه فلا تقع المقاصه الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها.**

- ولاتملك المحكمة اعمال اثرها من تلقاء نفسها حتى لو كانت العناصر المطروحه عليها تفيد وقوعها، لأنها ليست متعلقه بالنظام العام بل هى مقرره لمصلحة ذوى الشأن، ويجوز التمسك بالمقاصه فى أية حالة كانت عليها ولو لأول مرة أمام محكمة الأستئناف، ولكن لايجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. واذا صدر حكم نهائى بأحد الدينين جاز التمسك بانقضائه بالمقاصه القانونيه سواء توافرت شرائطها قبل صدور الحكم أو بعده ويكون التمسك بذلك اثناء اجراءات التنفيذ عن

طريق الاشكال بطلب وقفها حتي يقضى قاضى الموضوع بوقوع المقاصه[١].

- ويجوز النزول عن المقاصه صراحه أو ضمنا علي أن يتم ذلك بعد ثبوت الحق فيها اما قبل ذلك فلا يعتد بالتنازل **ولايثبت الحق في المقاصه الا من وقت تقابل الدينين صالحين للمقاصه**. ويعتبر نزولا ضمينا وفاء المدين بالدين رغم علمه بالمقاصه.

- هذا ويترتب علي المقاصه انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصه، ويكون تعيين جهه الدفع في المقاصه كتعيينها في الوفاء ويرجع انقضاء الدينين الي الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصه **ويترتب علي ذلك**[٢].

(أ) تنقطع منذ ذلك الوقت وليس من وقت التمسك بالمقاصه الفوائد التي ينتجها الدين وتنقضي كذلك التأمينات التي تضمن الوفاء به.

(ب) اذا كان الدين قد مضت عليه مده التقادم وقت التمسك بالمقاصه، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصه رغم التمسك بالتقادم

---

(١) انظر الاعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٦٦، ٢٨٢ د/ السنهوري ، بند ٥٤٥ - د/ جمال زكى ٥٩٤ د/ اسماعيل غانم، بند ٢٦٢ - نقض بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٥م - الطعن ٢٧١/١٨٠ لسنة ٤٠ ق.

(٢) انظر د/ جمال زكى، بند ٥٦٦ ، د/ السنهورى، بندى ٥٥١/٥٥٠، د/ اسماعيل غانم، المرجع ، بند ٢٦٣ ص ٤٢١ - انظر نقض بتاريخ ٧٧/٤/٦ فى الطعن ٥٥٥ لسنة ٤٢ ق.

مادامت هذه المده لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصه ممكنه (م٣٦٥ . ٢٣٦ مدني).

(جـ) واذا تعددت الديون التي يمكن فيها المقاصه، تعين الدين الذي يقع فيه المقاصه وفقا للقواعد التي يتعين بها محل الوفاء (م٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥) ويري استاذنا السنهوري أنه يتعين أن يستعبد من هذه الاحكام مايرجع الي اراده المدين أو اراده الدائن لأن المقاصه وفاء اجباري، فلا يبقي من تلك الأحكام الا مايرجع فيه الي حكم الماده ٣٤٥ مدني غير أنه يشترط في الديون المتعدده بأن تكون في وقت واحد مستوفيه كلها شرائط المقاصه، أما اذا قام أحدها فقط فانه وحده الذي يتقابل مع الدين المقابل وينقضي بالمقاصه من وقت التقابل ولو كان هو الدين الأقل كلفه[1].

ثانيا: آثار المقاصه بالنسبه للغير:

لايجوز أن يترتب علي المقاصه اضرارا بحقوق كسبها الغير. ولقد نصت علي هذا الحكم صراحه الماده ٣٦٧ مدني بقولها:

"١) لايجوز أن تقع المقاصه اضرارا بحقوق كسبها الغير.

٢) فاذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصه اضرارا بالحاجز".

ولقد أورد التقنين المدني تطبيقين القاعده يتعلق:

الأول: بالحجز علي أحد الحقين تحت يد المدين به،

والثاني: بحواله أحد الحقين.

---

(١) السنهوري بند ٥٥٢.

(أ) اذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائما لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصه اضرارا بالحاجز (م٣٦٧/٢). فاذا فرضنا أن (أ) مدين قبل (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه. ثم وقع (جـ) وهو دائن لـ (ب) حجزا علي حق مدينه تحت يد (أ)، ترتب علي هذا الحجز أن يمنع المحجوز لديه (أ) من الوفاء لدائنه (ب). فاذا أصبح (أ) بعد ذلك دائنا لـ (ب) فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصه اضرارا بالحاجز. لأن المقاصه نوع من الوفاء[1].

(ب) اذا حول الدائن حقه الي الغير وقبل المدين الحواله دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصه التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحواله ولايكون له إلا الرجوع بحقه علي المحيل (م٣٦٨/١). أما اذا كان المدين لم يقبل الحواله ولكن اعلن بها - كما سبق أن ذكرنا عند شرح الحواله - فلا تمنعه هذه الحواله من أن يتمسك بالمقاصه (م٣٦٨/٢).

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم بند ٢٥٨ ص٤١٨- د/ جمال زكي ص٩٩١ بند ٥٩٧.

المبحث الخامس

اتحاد الذمه

أولاً: تعريف:

هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبه الي دين واحد. ويترتب عليه انقضاء هذا الدين "بالقدر الذي اتحدت فيه الذمه".

نصت الماده ١/٣٧٠ مدني علي ذلك بقولها "**١- اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبه الي دين واحد انقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمه**".

- يفترض اتحاد الذمة وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر. فيترتب علي اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء هذا الدين. **ومثل ذلك** أن يرث المدين دائنه فيصبح المدين الوارث دائنا لنفسه فينقضي الدين. ويقتصر اتحاد الذمه علي الديون ايا كان مصدرها سواء كان عقدا أو عملا ضار أو نافعا أو نصا في القانون وسواء كان محلها حقا شخصيا أو حقا عينيا كالمثال المذكور.

بل يتناول أيضا الحقوق العينيه. فمثلا يزول حق الارتفاق اذا اشتري صاحب العقار المرتفق العقار به. ومثل ذلك أيضا أن يفي مشتري العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فيحل المشتري محل الدائن المرتهن ويصبح المشتري مرتهنا بملك نفسه فيزول حق الرهن.

ثانياً: الفرق بين اتحاد الذمه والمقاصه:

في المقاصه يوجد دينان متقابلان، ويكون الشخص دائنا في دين ومدينا في دين آخر. أما في أتحاد الذمه فلا يوجد الا دين واحد يكون فيه المدين دائنا لنفسه.

ثالثاً: حالات اتحاد الذمه[١]:

يتحقق اتحاد الذمه في الغالب اما ان تكون بسبب الوفاه أو حال الحياه.

(أ) اتحـاد الذمـه بسـبب الوفـاه: أمـا أن يكون عن طريق الميـراث فـاذا كان المدين وارثا لدائنه، وتوفي هذا الأخير. فان المدين يرث.. فيما يرثه عنه، حق المورث في ذمته، ويصبح الوارث دائنا لنفسه فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين، وينقضي الدين باتحاد الذمه. فاذا كان المدين وارثا وحيدا، اتحدت الذمه في كل الدين وانقضي كله، واذا ورث التركه مثلا، اتحدت الذمه بقدر الثلث وبقي الدين في ذمته بقدر الثلثين لبقيه الورثه[٢].

- **وهنا رأي يـري:** أن قواعد الميراث تمنع من اتحاد الذمه بالميراث عند وفاه المدين. اذ تقضي قاعده **«لاتركه الا بعد سداد الديون»**، بسداد الديون أولا ومنها ما قد يكون مستحقا للوارث ومن ثم

---

(١) انظر د/ السنهوري ٥٦٤، ٥٦٥- د/ سليمان مرقص فقره ٨٨٥، ٨٨٦- د/ اسماعيل غانم ٢٦٩- د/ جمال زكي بند ٦٠٠.

(٢) انظر د/ جمال زكي المرجع السابق ص٩٩٢ بند ٦٠٠- د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٢٦٩ ص٤٢٧.

لاتتحد ذمه الوارث الدائن عند وفاه المدين ولو كان هو الوارث الوحيد[١].

(ب) وقد يتحقق اتحاد الذمه عن طريق الوصيه: فاذا أوصى دائن لمدينه بثلث التركه، يصبح المدين دائنا في نفس الدين في حدود الثلث. فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن، وتتحد الذمه في حدود هذا القدر، ويظل مدينا بثلثي الدين[٢].

(جـ) وقد يتحقق اتحاد الذمه حال الحياه: مثال ذلك ما اذا اشترت شركه السندات التي أصدرتها - فالسندات انما هي ديون علي الشركه فبشرائها تجتمع في الشركه صفه المدين والدائن. وكذلك الحال اذا حول دائن حقه الي آخر وكان هذا الحق متنازعا فيه، فانه يجوز للمدين بشروط خاصه، أن يسترد ذلك الحق اذا هو رد الي المحال له الثمن الذي دفعه مع الفوائد والمصروفات م (٤٦٩ مدني)، والحكمه من تخويل المدين الاسترداد في هذه الحاله هو وضع حد للمنازعه ومنع المضاربين من استغلالها. ويترتب علي أسترداد المدين للحق المتنازع فيه أن تجتمع فيه صفه المدين والدائن[٣].

---

(١) انظر د/ السنهوري بند ٥٩٣- د/جمال زكي بند ٦٠٠ وقارن د/ اسماعيل غانم بند ٢٦٩.. وقد قضت محكمه النقض في حكمها بتاريخ ١٤/٤/٦٦- م نقض م- ١٧- ٨٤٦ بأن "اتحاد الذمه لايتحقق الا باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبه الي دين واحد ومن ثم فلا يتحقق اتحاد الذمه اذا ماورث الداين المدين اذ تمنع من ذلك أحكام الشريعه الاسلاميه التي تحكم الميراث في هذه الحاله ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فانه لايرث الدين الذي علي التركه حتي ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر في الشريعه الاسلاميه من أنه لاتركه الا بعد سداد الديون مما مقتضاه أن تبقي التركه منفصله عن حال الوارث الدائن حتي تسدد الديون التي عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثه ماتبقي من التركه"

(٢) انظر جمال زكي المرجع السابق ص٩٩٢.

(٣)- انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٤٢٧ بند ٢٦٩.

رابعاً: اثر اتحاد الذمه[(١)]:

يترتب علي اتحاد الذمه انقضاء الدين "بالقدر الذي اتحدت فيه الذمه" [(٢)]وذلك بسبب الاستحاله الماديه لان الشخص الذي أصبح دائنا لنفسه لايتصور أن يطالب بحقه من نفسه، لذلك ينقضي الدين في اتحاد الذمه بسبب استحاله المطالبه. فاذا زال هذا السبب الذي أدي الي اتحاد الذمه وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين الي الوجود هو وملحقاته. ويعتبر اتحاد الذمه كان لم يكن[(١)]. فاذا وفي مشتري العقار الذي ترتب عليه رهنان متواليان قيمه الرهن الأول زال هذا الرهن اذ لايتصور ان يكون المالك دائنا مرتهنا لنفسه، ولكن يعود حق الرهن الي الظهور اذا قام الدائن المرتهن الثاني ينتزع ملكيه العقار المرهون، فيستوفي مشتري العقار قيمه الرهن من ثمن العقار مقدما في ذلك بعد أن أصبحت العلاقه لابينه وبين نفسه، بل بينه وبين الدائن المرتهن الثاني[(٣)].

---

(١) انظر د/ السنهوري بند ٥٦٧- د/ جمال زكي بند ٦٠١، د/ اسماعيل غانم بند ٢٧٠.

(٢) م. ١/٣٧٠.

(٣) انظر السنهوري الوسيط جـ٣ ص٩٥٠.

الفصل الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به

- نتناول فى هذا الفصل حالات انقضاء الالتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء به ونص القانون المدنى المصرى على ثلاث حالات يتقضى بها الالتزام دون الوفاء به وتنحصر هذه الحالات فى الابراء، استحالة التنفيذ، التقادم المسقط.

المبحث الأول
الابـــراء

أولا: تعريف:

الابراء هو ترك الدائن حقه دون وقابل.

والابراء بهذا المعني تصرف قانوني: لأنه تعبير عن الاراده يقصد من ورائه احداث أثر قانوني هو انقضاء الالتزام.

وقد عبرت عن ذلك الماده ٣٧١ مدني من أنه "**ينقضي الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا، ويتم الابراء متي وصل الي علم المدين ويرتد برده**"

ولقد استمد التقنين المدني المصري هذا التكييف الجديد للابراء من الفقه الاسلامي، والذي فيه يتم الابراء باراده الدائن وحده دون حاجة الي اراده المدين ويرتد برده. وبذلك يكون المشرع قد غلب الطابع المادي للالتزام علي الطابع الشخصي له.

ثانيا: خصائص التصرف بالابراء:

اذا رجعنا الي تعريف الابراء نجد أن هذا التصرف يتميز بخصوصيتين:-

---

(١) ماده ٢/٣٧٠ مدني مصري.

-(أ) أنه يتم بإراده الدائن المنفرده:

- أي لايشترط لوقوعه رضاء المدين وان كان لاتنتج أثره الا اذا اتصل بعلم المدين ويقوم الوصول قرينه علي العلم مالم يثبت المدين عكس ذلك ومتي أنتج تعبير الدائن عن ارادته في هذا الشأن أثره لم يعد باستطاعته أن يعدل عنه. فاذا مات الدائن أو فقد أهليته، فان ذلك لايمنع من تمام الابراء متي وصل الي علم المدين.

- واذا رد المدين هذا الابراء، فانه بذلك يفقر نفسه ويجب أن تتوافر لديه حتي يكون الرد صحيحا أهليه التبرع ولدائني هذا المدين أن يطعنو في رده عن طريق الدعوي البوليصيه متي توافرت شروطها، فاذا رفض المدين الابراء فانه لاينتج أثره أي أن الابراء يرتد بـرده[1] رفعا للحرج عن المدين. لأن هناك من الاشخاص من لايرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم.

-(ب) الابراء تبرع: لأنه يكون بغير مقابل ولذا يجب:-

١) أن تتوافر في الدائن أهليه التبرع.

٢) يأخذ الابراء حكم التبرع (م٣٧٢/١) فيطعن فيه بالدعوي البوليصيه دون حاجه الي اثبات تواطؤ الدائن أو سؤ نيته.

- الابراء هبه غير مباشرة فلا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان «فنصت المادة ٢/٣٧٢ على أنه **«ولايشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل ، فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان»**.

---

(١) ماده ٣٧١ مدني.

• **مثال ذلك:** أن يبرئ الموهوب له، وهو دائن بمقتضى الهبه، الواهب، وهو المدين، من التزامه الناشئ عن عقد الهبه فرغم أن الرسميه ركن في الهبه لايشترط شكل خاص في الابراء الصادر من الموهوب له(١).

ثالثاً: حكم الابراء(٢):

ينقضي الالتزام بالابراء. فتبرأ ذمه المدين. وكذلك تبرأ ذمة كفيله، لأن التزام الكفيل التزام تبعي. ولكن ابراء الكفيل لايترتب عليه ابراء المدين الأصلي، لأن الأصل لا يأخذ حكم التبع، بل التبع هو الذي يأخذ حكم الأصل.

وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ١/٧٨٢ مدني بأن **«يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي التي يحتج بها المدين».**

المبحث الثاني

استحاله التنفيذ

Impossibilite D,Execution

أولاً: شروط استحاله التنفيذ:

– لايلزم شخص بمستحيل، واذا التزم شخص بشئ ممكن ثم اصبح مستحيلا بعد ذلك انقضى التزامه. ومن هنا فاستحاله تنفيذ الالتزام يعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزامات دون الوفاء بها.

---

(١) انظر د/ اسماعيل غانم ، في هذا المثال بند ٢٧١ ص ٤٢٩ ومابعدها.

(٢) انظر د/ السنهوري في الوجيز ص ٦٢٠ بند ٥٩٨.

وتنص المادة ٣٧٣ مدني بأنه "**ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لايد له فيه**"

ومن النص السابق نجد أنه يشترط لانقضاء الالتزام باستحاله التنفيذ شرطان:

(أ) أن يصبح الالتزام مستحيلا(١):

ويلزم لتحقق هذا الشرط أن ينشأ الالتزام ممكنا ثم تطرأ الاستحاله بعد ذلك لأنه اذا كان مستحيلا من قبل ابرام التصرف الذي رتب الالتزام لم ينشأ الالتزام أصلا، وكان التصرف باطلا لاستحاله المحل... ويتعين أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا يكفي أن يكون مرهقًا ويتعين **أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا** فلا يكفي أن يكون مرهقا ويتعين **أن تتحقق الاستحاله في الوقت الذي يجب فيه تنفيذ الالتزام وان تكون استحاله دائمه** فإن كانت وقتيه أوقف تنفيذ الالتزام لحين زوالها ولكنه لاينقضي، **وأن تكون استحاله مطلقه** سواء كانت فعليه كهلاك الشئ محل الالتزام أو قانونيه كزوال ملكيه العين عن البائع الذي التزم بنقل ملكيتها أو تحريم القانون صنع ماالتزم المدين بتوريده.

(ب) أن ترجع استحاله التنفيذ الي سبب أجنبي لابد للمدين فيه:

أي يجب الا ترجع الاستحاله الي فعل المدين بل يجب أن تكون الاستحاله راجعه الي سبب أجنبي لايد للمدين فيه، كخطأ الغير أو خطأ الدائن أو القوه القاهره. أما اذا لم يثبت السبب الاجنبي فان الالتزام لاينقضي، بل يكون تنفيذه بطريق التعويض ولذلك تبقي له

---

(١) انظر جمال زكي بند ٦٠٧- د/ اسماعيل غانم بند ٢٧٢- السنهوري الوسيط بند ٥٨٧.

تأميناته، كما تبقي مده التقادم ساريه ويقع علي المدين وفقا للماده ٣٧٣ مدني، عبء اثبات السبب الأجنبي الذي أدي الي استحاله تنفيذ الالتزام.

ثالثاً: الآثار التي تترتب علي استحاله التنفيذ:

يترتب علي استحاله التنفيذ انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه وتنقضي معه التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به.

(أ) **أما بالنسبه لمساله تحمل التبعيه:** فإن الأمر يختلف فيها بحسب نوعيه العقد فاذا انقضي الالتزام لاستحاله تنفيذه. وكان العقد ملزما لجانب واحد: فان الدائن هو الذي يتحمل تبعه هذا الانقضاء ذلك لأن الالتزام ينقضي دون أن يستوفي الدائن حقه لاعينا ولابمقابل التعويض.

(ب) **أما اذا كان العقد ملزما لجانبين** وأنقضي الالتزام بسبب استحاله تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابله له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م١٥٩ مدني). وذلك يعني أن المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه هو الذي يتحمل تبعة الاستحاله.

- **ولكن اذا ماأتفق علي التشديد في أحكام المسئوليه التعاقديه باتفاق الطرفان علي تحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوه القاهره (م ٢١٧ مدني) فان المدين يظل مسئولا عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبي لايد للمدين فيه.**

المبحث الثالث
التقادم المسقط(*)

التقادم المكسب والتقادم المسقط:

-التقادم المكسب:

يؤدي الي كسب الحق العيني بالحيازه المستمره لمدة معينه[١]. فهذا التقادم يستلزم توفر عنصرين: وضع اليد علي الشئ، ومضي مده من الزمن. لذلك لايمكن تصور هذا النوع من التقادم في الحقوق الشخصيه ولافي الحقوق العينيه التبعيه.

- أما التقادم السقط:

معناه انقضاء الحق اذا مضت عليه مده معينه دون أن يطالب الدائن به أو دون أن يستعمله صاحبه[٢]. وهذا النوع من التقادم يسري علي جميع الحقوق الشخصيه والحقوق العينيه **ماعداحق الملكيه.**

والذي يعنينا هنا هو دراسه التقادم المسقط للحقوق أو الالتزامات باعتباره سببا من أسباب انقضائها.

- مبررات التقادم المسقط:

اذا استحق الدين، ومضت مده طويله دون أن يطالب به الدائن فإنه يسقط بالتقادم وقد برر الفقه والمشرع ذلك بالمبررات الآتيه[٣]:

---

(١) انظر د/ جمال زكي المرجع السابق ص٩٩٧ بند ٦٠٨.

(٢) انظر د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٤٣٢ بند ٢٧٣- جمال زكي المرجع السابق في نفس الموضع - د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٦٩ ومابعدها.

(٣) انظر في ذلك د/ اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٢٧٣- د/السنهوري الوجيز بند ٦٠٣ ص٦٢٣/٦٢٤- د/جمال زكي بند٦٠٧- د/ محمد عمران المرجع السابق ص٢٧٠ ومابعدها.

* أنظر بحثنا. هل الحق يسقط بالتقادم "دراسه مقارنه ط١٩٨٨م. دار النهضه العربيه. القاهره.

أولاً: أن سكوت صاحب الحق عن المطالبه بحقه مده التقادم دون وجود مانع من المطالبه يعد قرينه علي أنه استوفاه أي أن المشرع اتخذ من مضي مده التقادم قرينه علي الوفاء[١].

ثانياً: ان الأخذ بالتقادم يجنب المحاكم الفصل في منازعات مضي عليها مده طويله يصعب أثباتها.

ثالثاً: أن الاخذ بالتقادم يساعد علي منع تراكم الديون علي المدين وهو أولي بالرعايه في نظر المشرع من الدائن الذي أهمل المطالبه بحقه[٢].

– ولكن لو نظرنا اى المبررات التى ساقها الفقه والمشرع للأخذ بالتقادم كسبب من أسباب سقوط الحق وأجرينا الموازنه بينها وبين النتيجة المترتبه على ذلك وهو سقوط وانقضاء الالتزامات أو كسب الملكية والحقوق بالتقادم لوجدنا أنه ليس هناك أى نوع من الموازنة بينهما لأن فى الأخذ بالتقادم المسقط للحقوق والالتزامات اهدار من وجهة نظرنا – للحق الأقوى بالسبب الأضعف.

فكيف يتسني لنا القول بسقوط وانقضاء الحقوق الثابته لمجرد ان الظروف مكنت المغتصب من وضع يده علي حق الغير مده معينه ولم يتمكن صاحب الحق من المطالبه بحقه مده معينه يستحق عليها هذه العقوبه الجسيمه، وهي اهدار حقه وسقوطه وانتقاله الي الغير المغتصب، ولايخفي أن القول بذلك يخالف أدني مبادئ الحقوق التي كفلها المشرع الشرعي، والمشرع الوضعي المتمثله في الدستور وهي حمايه حق الملكيه للمواطنين.

---

(١) نص المشرع الفرنسي علي هذا المفهوم صراحه في المادتين ٢٠٠٤/٢٦٨ بقوله:
la prescription pendant le tempsfive par la loi eteint l,obligation, et gait presume, la liberation lorsque le debitnre l,invoque.
انظر الفقه الفرنسي "جوسران" دروس في القانون المدني جـ٢ فقره ٩٦٩.

(٢) انظر لوزان. مطول في القانون المدني ج٣٢ ص١٤ ومابعدها.

واذا رجعنا الي الاعتبارات التي ساقها الفقه والمشرع المدني للقول بالتقادم السقط فانه **يمكنني الرد عليها علي الوجه الآتي:-**

بالنسبه للاعتبار الاول: والذي يتخذ فيه التقادم قرينه علي الوفاء. فما القول اذا وجدت القرينه القاطعه لدي المدعي علي أن المدعي علي المتمسك بالتقادم لم يقم بالوفاء؟ ومع ذلك يمكنه المشرع من عدم الوفاء بقوله أن مضي المده قرينه علي الوفاء.

الاعتبار الثاني: الذي يري أن التقادم يجنب المحاكم الفصل في منازعات يصعب اثباتها. يمكن الرد عليه بأن هذه الصعوبات لايكون لها محل اذا وجد الدليل القاطع والثابت لحق المدعي "مثل المحررات الرسميه الموثقه بالشهر العقاري" وبالتالي لايكون هنا محل للأخذ بهذا الاعتبار.

والاعتبار الثالث: وهو أن التقادم يؤدي الي أحترام الاوضاع المستقره في المجتمع التي مضي عليها مده معينه "أي معروفه" تكفي للأطمئنان عليها.

فنري أن احترام الاوضاع المستقره في المجتمع يمكن تحقيقها بوسائل أخري لها مثل فكره "عدم سماع الدعوي لرفعها بعد مضي مده التقادم" دون أن يؤدي ذلك الي اهدار حقوق الناس واسقاطها لمجرد مضي مده زمنيه عليها وهي في حيازه شخص آخر يعد مغتصبا لأن ذلك يعتبر أكل مال الغير بالباطل.

هذا ونتناول التقادم السقط في ثلاثه مطالب:

الاول: مدد التقادم المختلفه والتفرقه بينها وبين مدد السقوط

والثاني: كيفيه احتساب مده التقادم

والثالث: لآثار التقادم.

المطلب الاول
مدد التقادم المختلفه

- مدد التقادم:

يتقادم الحق عاده في القانون المدني المصري بخمس عشره سنه ما لم ينص المشرع علي تقادمه بمده أقصر. ولقد نص المشرع علي حالات معينه يتقادم فيها الحق بخمس سنوات وحالات يتقادم فيها بثلاث سنوات، وحالات يتقادم فيها بسنه واحده.

(أ) التقادم بخمس عشره سنه "التقادم العادي أو الطويل":

مده التقادم المسقط هي خمس عشره سنه، فالمبدأ العام، الذي نص عليه المشرع في الماده ٣٧٤ أن «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة» فمدة التقادم المسقط هى خمس عشرة سنة لجميع الالتزامات الا مايخضع منها، بنص خاص، لمدة أخرى. والاستثناءات التى أشارت اليها هذه المادة هى التقادم الخمسى والتقادم الثلاثى والتقادم الحولى.

(ب) التقادم الخمس:

يرد التقادم الخمس على **أربعة انواع من الحقوق:** الحقوق الدورية المتجدده، وحقوق بعض أصحاب المهن الحره، والحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية، والضرائب والرسوم المستحقه للدولة والاشخاص الاعتباريه العامه.

١) الحقوق الدورية المتجدده[١]:

ويقصد الحق الدورى: أن الدين يستحق فى موعد دورى معين لايزد على سنة كأن يستجق كل يوم او كل اسبوع أو كل شهر أو كل سنة. وقد يكون مصدر الدورية الاتفاق كما هو الحال بالنسبة لاستحقاق أجرة المبانى، وقد يكون مصدرها القانون كما هو الحال بالنسبة للمرتبات والمعاشات والفوائد التى تقررها القوانيين واللوائح للموظفين والمستخدمين.

ويقصد بالتجدد: تكرار استحقاق الديون دون أن يكون لذلك نهاية لذلك فان أقساط الديون لايسري عليها التقادم الخمسي لأنه وأن توافرت فيه صفه الدوريه، الا انها غير متجدده. من أجل هذا فانها تتقادم بخمس عشرة سنه من تاريخ استحقاق كل قسط.

– ولايقوم هذا التقادم علي قرينه الوفاء وانما يرجع الي أن– المدين يوفي بهذه الديون من ايراده لامن رأس ماله. ولقد لاحظ المشرع أن في اجبار المدين علي الوفاء بما تراكم عليه من هذه الديون بعد خمس سنوات فيه ارهاق له. لذلك يستطيع المدين أن يتمسك بهذا التقادم بالرغم من اقراره بالدين[٢].

ويلاحظ أن الحقوق التي نصت عليها الماده ٣٧٥ وارده علي سبيل المثال لاالحصر. فهناك الحقوق الدوريه المتجدده، غير الوارده في هذه

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٦م – الطعن رقم ٦٠٩ لسنة ٤٥ ق بأن «مناط خضوع الحق للتقادم الخمس وفقا لصريح نص الفقرة الاولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى هو اتصافه بالدورية والتجدد أى أن يكون الحق مستحقا فى المواعيد الدورية أيا كانت مدتها وأن يكون هذا الحق بطبيعته مستمرا لاينقطع سواء كان ثابتا أو متغيرا مقداره من وقت لآخر.

(٢) انظر د/ السنهوري بند ٦٠١– د/ اسماعيل غانم بند ٢٧٦– د/ جمال زكي بند ٦١٤.

المادة، يسري عليها التقادم الخمس، كدين النفقه، وثمن مايستهلكه المنتفع من نور أو غاز.

واذا صدر حكم بالدين فأن الدين يفقد صفه الدوريه والتجدد، ويتحدد نهائيا بالحكم، ومن ثم فإنه يسقط بمضي خمس عشره سنه.

كذلك الزام الحائز سئ النيه برد ثمار العين المغتصبه لايعتبر من قبل الديون الدوريه المتجدده لأنه ليس دينا سنويا يتحتم الوفاء به بعد مضي كل سنه علي حده، بل هو دين يتقرر في ذمه الغاصب في جملته علي اعتباره تعويضا عما فات الدائن من الانتفاع، وعلي اعتبار الغاصب سئ النيه، فلا يستفيد الا من التقادم الطويل المسقط بمده خمس عشره سنه[1].

٢) حقوق بعض أصحاب المهن الحره:

نصت المادة ٣٧٦ علي أن "**تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء، والصياد له والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسه والسماسره والمعلمين علي أن تكون هذه الحقوق واجبه جزاء عما أدوه عن عمل من أعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات**".

ويلاحظ أن التعداد الوارد في المادة المذكوره علي سبيل الحصر لا المثال فحقوق الطوائف المحدده في المادة ٣٧٦ مدني لاتتقادم بمضي المده الطويله (١٥سنه) ولكنها تتقادم بمضي مده قصيره (خمس سنوات)، وذلك لأنه يندر الا يطالب هؤلاء بحقوقهم فور انجاز ماأدوه من عمل، وفضلا عن ذلك فانه يكون من العسف اجبار مدينهم علي الوفاء بديون مضت عليها هذه المده الطويله.

---

(١) ٩ ديسمبر سنه ١٩٧٣، المحاماه ٢٢ص٧٥٩.

٣) الحقوق الناشئه عن الاوراق التجاريه:

تتقادم الكمبيالات دائما بخمس سنوات. أما السندات الأذنيه أو التي لحاملها فانها لاتتقادم بخمس سنوات، الا اذا كان محررها تاجر أو كانت مترتبه علي أعمال تجاريه.

ويقوم هذا التقادم علي قرينه الوفاء: فاذا أقر المدين بالدين أو أنكر وجوده فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بالتقادم وقرينه الوفاء هنا ضعيفه، لذلك يجب علي المدين أن يعززها بحلف اليمين اذا طلب منه الدائن ذلك. واذا توفي المدين كان للدائن أن يوجه لورثته يمينا ليحلفوا علي أنهم معتقدون حقيقه أنه لم يبق شئ مستحق من الدين.

ويبدأ سريان التقادم اعتبارا من اليوم التالي ليوم حلول الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعه أمام المحكمه.

٤) الضرائب والرسوم المستحقه للدوله أو لأي شخص اعتباري عام:

تتقادم بخمس سنوات حقوق الدوله أو الاشخاص الاعتباريه العامه بالنسبه لما يستحق لها من ضرائب ورسوم، وهذا مالم يرد في قوانين الضرائب والقوانين الاخري نصوص تقضي بغير ذلك. فنسخ القانون ٦٤٦ لسنه ١٩٥٣ في مادته الاولي المادة ١/٣٧٧ من القانون المدني والتي كانت تنص علي تقادم الضرائب والرسوم بثلاث سنوات فأصبحت في القانون المذكور خمس سنوات.

- **وتبدأ مده التقادم بالنسبه للضرائب والرسوم من نهايه السنه التي تستحق عنها.** فان كانت غير دوريه تبدأ المده من تاريخ استحقاقها أما الرسوم المستحقه عن الاوراق القضائيه فتبدأ مده التقادم بالنسبه لها من تاريخ انتهاء المرافعه في الدعوي التي حررت في

شأنها الاوراق أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعه (م ١/٣٧٧).

- ولايقوم تقادم دين الضريبه علي قرينه الوفاء فقد قضت محكمه النقض[١] بأن " **التقادم في الضرائب والرسوم لايقوم علي قرينه الوفاء وانما يقوم علي إرهاق المدين واثقال كاهله بتراكم الديون عليه.**

- التقادم الثلاثى[٢]:

تقضى القاعدة العامه في القانون المدنى (م ٣٧٧) بتقادم الحق فى المطالبه بالضرائب والرسوم بثلاث سنوات **ويستثنى من ذلك**: مانص عليه فى قوانين خاصه. **وقد نصت المادة ٣٧٧ على ذلك بأن:**

«١) يتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقه للدوله، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم من نهاية السنة التي تستحق عنها، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التي حررت فى شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة.

٢) ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

٣) ولاتخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة»

- ولاتخل الأحكام السابقة باحكام النصوص الواردة فى قوانين خاصة. فالضرائب والرسوم المستحقة للدولة تتقادم بمدة قصيره

---

(١) د/ السنهوري الوسيط بند ٦١١ - د/ سليمان مرقص ٩٠٤، ٩٠٥، د/ اسماعيل غانم بند ٢٧٨- د/ محمد عمران، الوجيز ص ٢٧٥.

(٢) نقض مدنى بتاريخ ١٩٥٩/٢/٣. م نقض م - ١٠ - ٧٢٢.

نصت عليها المادة ٣٧٧ مدنى **ولكن رأى المشرع أن هذه المدة** قصيرة فعدل من هذه المدة بمقتضى القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣م والذى جعل مدة التقادم بالنسبه لهذه الحقوق خمس سنوات لا ثلاث سنوات ومن ذلك أيضا القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩م بشأن الضرائب المباشرة على دخول الثروة المنقوله، القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤م بفرض رسم ايلولة على التركات والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩م بفرض ضريبة عامه على الايراد والقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١م بتقرير رسم الدمغة. **وتؤدى هذه القوانين الى تحديد المدة بخمس سنوات مراعاة لضغط العمل مما يهدد حقوق الخزانه بالضياع اذا كانت مدة التقادم أقل من خمس سنوات وتخفيفا لهذه الغاية وتسوية بين الممولين الذين يخضعون لمختلف انواع الضرائب والرسوم رؤى تعميم النص بحيث يشمل كافة انواع الضرائب والرسوم المستحقه أو لأى شخص اعتبارى عام.**

- يسرى التقادم طبقا للمادة ٣٧٧ على الضرائب والرسوم التى استوفتها الدولة بغير حق أو زيادة عما هو مستحق ويسقط الحق فى استردادها دفع بغير حق بالتقادم الثلاثى.

- **وقد قرر المشرع تقادما ثلاثيا فى نصوص متفرقة بالنسبة لبعض الحقوق منها:**

- المادة ٧٥٢ مدنى والتى تنص على أنه **«تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئه عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعه التى تولدت عنها هذه الدعاوى.**

- ومن الحقوق مايتقادم بثلاث سنوات ومن وت العلم بأسبابها، بجانب التقادم بخمس عشرة سنه من وقت استحقاقها. وقد نص المشرع على ذلك بالنسبه للحق فى التعويض عن العمل غير المشروع (م

١٧٢)، وحق المفتقر فى الاثراء بلا سبب (م١٨٠)، والحقوق الناشئه عن الفضاله (م ١٩٧).

(د) التقادم الحولى[1]:

تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية:

١) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء (م ٢٨٨). والمقصود هو الحقوق المستحقه للباعة ثمنا لما باعوه لعملائهم لغرض الاستهلاك.

٢) حقوق العمال والخدم والاجراء عن أجور يوميه وغير يوميه وعن ثمن ماقاموا به من توريدات (م ١/٣٨٧).

٣) حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامه وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم (م١/٣٧٨).

- **أساس التقادم الحولى:**

واساس التقادم الحولى هو قرينه الوفاء. وهى قرينه ضعيفة ينبغى ان تعزز بيمين يؤديها المدين لذلك يجب على من يتمسك بان الحق قد تقادم بسنه أن يحلف اليمين على انه أدى الدين فعلا، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه، وتوجه الي ورثة المدين أو أوصيائهم، أن كانوا قصراً. بأنهم لايعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء (م٢/٣٧٨).

- ويلاحظ أنه لو حرر سند بالحق أو صدر به فانه لايتقادم الا بخمس عشرة سنة (م٢/٣٧٩).

---

(١) د/ السنهوري الوسيط فقرة ٦١٢ - د/ سليمان مرقص ٩٠٧، ٩٠٨، د/ اسماعيل غانم بند ٢٧٩- د/ محمد عمران، ص ٢٧٥.

المطلب الثانى
احتساب مدة التقادم

- نتناول فى هذا الموضوع بيان كيفية حساب المدة، تحديد بدء سريان التقادم، وأخيراً ماقد يعرض لمدة التقادم أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الانقطاع.

- كيفية حساب مدة التقادم:

تحتسب مدد التقادم، أيا كانت بالأيام لا بالساعات ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لايدخل فى الحساب فى حين يدخل فيه مايعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والاعياد وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها ولذلك يقع صحيحا مايتخذ من الاجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم «كاجراءات قطع المدة مثلا» واذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لايتيسر اتخاذ الاجراء فى خلالها كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ووقف سريان التقادم[1] وقد نصت المادة ٣٨٠ مدنى على ذلك بأن **«تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولايحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها».**

- بدء سريان التقادم:

القاعدة أنه لايبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (مادة ١/٣٨١)، فاذا كان الدين معلقا على شرط واقف فلا يسرى التقادم الا من وقت تحقيق الشرط، واذا كان مؤجلا فمن وقت انقضاء الأجل.

واذا كان تجديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن كما هو الحال فيما لو اتفق على أن يرد المقترض مبلغ القرض عند الطلب،

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٢٥.

يسري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان أرادته أي من يوم نشوء الالتزام، مالم يقم الدليل علي أنه لم يكن في استطاعه الدائن ان يطالب بالدين الا في تاريخ لاحق، فيسري التقادم من ذلك التاريخ. وقد عبرت عن ذلك الماده ٣٨١ مدني بقولها:-

١) لايبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء.

٢) ويخاصه لايسري التقادم بالنسبه الي دين معلق علي شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبه الي ضمان الاستحقاق المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الاجل.

٣) واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا علي اراده الدائن سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته".

وقف التقادم[1]:

-معناه، وأسبابه:-

يقصد بوقف التقادم "suspension de la prescription" أن يطرأ سبب أثناء مده التقادم بوقف احتسابها، فإذا زال هذا السبب عادت المده تسري كما كانت، فلو أن دائنا سكت عن المطالبه بحقه عشر سنوات ثم أصيب بجنون لمده ثلاث سنوات ولم يكن له قيم فان التقادم يوقف في فتره الثلاث سنوات. فاذا عاد الي حالته الطبيعيه تحتسب المده السابقه علي الايقاف وهي عشر سنوات، ولاتحتسب الثلاث سنوات التي مرض فيها، ولايتم التقادم اذن الا بانقضاء اذن الا بانقضاء خمس سنوات من وقت افاقته.

(١) السنهوري الوسيط جـ٣ بند ١٢٦٧ بند ٦٢٠ ومابعده ص١٢٩٣- د/ جمال زكي بند ٦٢٠ ص١٠١٠ ومابعدها - د/ اسماعيل غانم بند٢٨٤ د/ سليمان مرقص فقره ٩١١- د/محمد عمران ص ٢٧٩.

- أسبابه:

القاعده العامه: أن التقادم يوقف كلما وجد مانع يتعذر معه علي الدائن المطالبه بحقه. سواء كان **هذا المانع أدبيا** مثل: قيام صله بين الدائن والمدين كصله القرابه أو علاقه الزوجيه مما يجعل الدائن في حرج من المطالبه قضاء بالوفاء بالدين **أو كان المانع ماديا**: كالغيبه الاضطراريه لبس أو أسر أو قيام حرب أو ثوره، فيتعذر عليه الوصول الي مقر المحكمه.

فمن أسباب الوقف مايرجع الي اعتبارات تتعلق بشخص الدائن كنقض الأهليه أو فقدانها ولايوقف التقادم بالنسبه لعديم الاهليه وناقصها الا اذا كان التقادم طويلا ولم يكن له من ينوب عنه قانونا. أما اذا كان التقادم بخمس سنوات فان التقادم لايوقف بالنسبه لعديم الاهليه أو ناقصها سواء كان له من يمثله قانونا أو لم يكن له من يمثله.. أو العلاقه الخاصه التي تربطه بالمدين أو اتحاد الذمه أو كان يرجع الي ظروف خارجيه ماديه كحرب أو فتنه أو ارتباط الدعوي المدنيه بالدعوي الجنائيه(1).

وقد عبرت عن ذلك الماده ٣٨٢ مدني بأن:-

«١) لايسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه علي الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا. وكذلك لايسري التقادم فيما بين الاصل والنائب.

٢) ولايسري التقادم الذي تزيد مدته علي خمس سنوات في حق من لاتتوافر فيه الاهليه أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبه جنايه اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا».

---

(١) نقض مدني بتاريخ ١٩٧٥/١/٢٣م -م نقض م- ٢٦- ٢٣٣.

وما أورده المشرع في النص من تطبيقات وان وجب اعتباره سببا لوقف التقادم الا أنه قد ورد علي سبيل التمثيل لاعلي سبيل الحصر، فيقف التقادم كلما وجد مانع ولو لم يكن مما خصه النص بالذكر والامر فيه يرجع الي تقدير القضاء[1].

- أثر وقف التقادم:

يترتب علي وقف التقادم عدم احتساب المده التي يتحقق فيها سبب الوقف، وتعود مده التقادم الي السريان من جديد متي زال السبب الذي أدي الي وقفها، ويدخل في حساب المده بطبيعه الحال مايكون قد انصرفت منها في الفتره السابقه علي حساب الوقف. فاذا فرضنا أن رجلا يدين سيده بمبلغ من المال، وكان حقه من الحقوق التي تسقط بمضي ١٥ سنه وبعد أن مضت ٧سنوات علي استحقاق حقه دون أن يطالب به، تزوج بها، ثم استمرت الزوجيه مده عشر سنوات انتهت بعدها بالطلاق، فان له أن يطالبها بالوفاء طول مده ثماني سنوات التاليه دون أن يكون لها الحق في التمسك بالتقادم وذلك اذا ظهر من الظروف أن علاقه الزوجيه اثناء بقائها كانت مانعا أدبيا حال بينه وبين المطالبه[2].

اذا تعدد الدائنون وكانو متضامنين فيما بينهم ووقف التقادم بالنسبه لأحدهم كأن يكون ناقص الأهليه وليس له من ينوب عنه قانونا. وأن تزيد مده التقادم علي خمس سنوات، فلا يقف التقادم هنا الا بالنسبه لهذا الدائن وحده دون سائر الدائنيين الآخرين.

---

(١) السنهوري الوسيط، جـ٣، بند ٦٢٣.

(٢) د/ اسماعيل غانمز، ص٤٤٥.

- انقطاع التقادم[(١)]:

معناه.. أسبابه.. آثاره.

- يقصد بانقطاع التقادم: Interruptiondela presription

زوال أثر للمده التي انقضت منه، بحيث تعتبر هذه المده كأن لم تكن. فإذا بدأ سريان التقادم بعد انقطاعه كان تقاد ما جديد يعقب ذلك الذي زال بالانقطاع[(٢)].

وقد عبر المشرع عن ذلك المعني في الماده ١/٣٨٥ مدني بقوله: **"اذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب علي سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مده التقادم الأول".**

- أسبابه:

اسباب قطع التقادم وردت علي سبيل الحصر في المادتين ٣٨٣. ٣٨٤ فلا يجوز الاستناد الي غير هذه الأسباب في القول بانقطاع التقادم. فنص المشرع في الماده الاولي علي ذلك بقوله:-

" ينقطع التقادم بالمطالبه القضائيه ولو رفعت الدعوي الي محكمه غير مختصه، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في أحدي الدعاوي".

ونص في الماده ٣٨٤ علي أن:-

"١) ينقطع التقادم اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا.

---

(١) السنهوري الوسيط جـ٣ بند ٦٢٧ ومابعده ص١٢٩٣- د/ سليمان مرقص فقره ٩١١- د/ اسماعيل غانم فقره ٢٨٥ ص٤٤٥- د/محمد عمران ص٢٩٥ ومابعده د/جمال زكي بند ٦٢١ ص١٠١٠ ومابعدها.

(٢) د/ جمال زكي بند ٦٢١ ص١٠١٠.

٢) ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين."

ومن النصوص السابقه نجد أن لانقطاع التقادم أسباب متعدده منها ما يرجع الي الدائن ومنها مايرجع الي المدين:-

(أ) أسباب الانقطاع التي ترجع الي الدائن:

١) المطالبه القضائيه:

فاذا كان الانذار[١] ولو أجري علي يد محضر، غير كاف وكذلك المطالبه القضائيه أمام قاضي الأمور المستعجله لأنها ليست مطالبه بالحق ذاته بل يقتصر الدائن فيها علي طلب الحكم باجراءات وقتيه عاجله كطلب أثبات الحاله، ولايكفي أن يرفع الدائن الدعوي غير المباشره علي مدين المدين أو دعوي الصوريه يطعن فيها بصوريه تصرف اجراء المدين[٢] أو أو الدعوي البوليصيه طالبا الحكم بعدم نفاذه، ففي هذه الدعاوي جميعا لايطالب الدائن بحقه ذاته[٣]. فان رفع الدعوي للمطالبه بالحق يلغي لقطع تقادمه ولو كان الي محكمه غير مختصه[٤] ويتعين أن ترفع الدعوي بالمطالبه بأصل الحق ضد المدين

---

(١) استئناف مصر في ٨ نوفمبر سنه ١٩٣٩، المحاماه، السنه ٢٠، رقم ٢٢٩ ص٧٧٢، بني سويف الكليه ١٠ ابريل سنه ١٩٢٩، المحاماه السنه ١١، رقم ٤٨٢ ص٦٩٠.

(٢) نقض مدني ١٣ مارس ١٩٥٨م مجموعه النقض سنه ١٠ ع١ص١٨٧ رقم ٢٤.

(٣) ولكن رفع الدائن دعوي بطلب شهر افلاس مدينه أو بطلب شهر اعساره، يعتبر مطالبه قضائيه بحقه. ينقطع بها التقادم (انظر بهذا المعني السنهوري في الوسيط جـ٣ فقره ٦٣٢ ص١٣١٩)- انظر د/ اسماعيل غانم بند ٢٨٥ ص٤٤٦.

(٤) قضت محكمه النقض بتاريخ ١٩٧٧/٥/٢م -م نقض م- ٢٨ بند ١١٠٤ بأن "اذا نصت الماده ٣٨٣ من التقنين المدني علي ان التقادم ينقطع بالمطالبه القضائيه ولو رفعت الدعوي امام محكمه غير مختصه فقد دلت علي ان المقصود بالمطالبه القضائيه هو مطالبه الدائن لمدينه بالحق قضاء وهو مايتم بطريق رفع الدعوي لصدور الحكم باجبار المدين الممتنع عن التنفيذ علي الوفاء بما التزم به".

كي تكون الدعوي قاطعه للتقادم والمطالبه القضائيه تقطع التقادم لامن تاريخ اعلان المدين بهذه المطالبه ولكن من الوقت الذي تودع فيه صحيفتها قلم كتاب المحكمه المختصه أو غير المختصه ويجب أن تكون صحيفه الدعوي صحيحه ومستوفيه لكل الشروط اللازمه قانونا حتي يترتب عليها اثرها القانوني في قطع التقادم واذا ما شاب صحيفه الدعوي بطلان فانها لاتكون قاطعه للتقادم. هذا ويظل التقادم منقطعا طوال نظر الدعوي فان قضي في الدعوي بعدم الاختصاص دون احالتها الي محكمه اخري سري تقادم جديد من تاريخ صيروره هذا الحكم نهائيا، وان قضي برفع الدعوي أو بعدم قبولها أو بترك الخصومه فيها أو بسقوط الخصومه او انقضائا الي غير ذلك من صور القضاء التي تمحو أثر صحيفه الدعوي زال أثر رفع الدعوي في قطع التقادم فيعتبر هذا التقادم الذي كان قد بدأ قبل رفع الدعوي مازال ساريا لم ينقطع[(١)].

- والمطالبة بجزء من الحق تقطع التقادم بالنسبه الي باقيه مادامت تدل علي التمسك بكامل الحق الناشئ عن مصدر واحد. فقضت محكمه النقض[(٢)] بأن **«من المقرر في قضاء هذه المحكمه أنه ليس في اعتبار المطالبه بجزء من الحق قاطعا للتقادم بالنسبه لباقيه مايخالف القانون طالما أن المطالبه الجزئيه دلت علي التمسك بالحق جمعيه الناشئ عن مصدر واحد».**

٢) التنبيه:

التنبيه الذي يسبق الحجز يقطع التقادم. ويترتب هذا الاثر علي التنبيه ذاته ولو لم يعقبه الحجز. ويعتبر التنبيه من مقدمات التنفيذ. وقد

---

(١) انظر السنهوري الوسيط جـ٣ بند ٦٢٩.

(٢) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٨/٢/١٨م الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٤ ق.

نص المشرع في الماده ٢٨١ من قانون المرافعات علي أنه "**يجب أن يسبق التنفيذ اعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الاصلي والا كان باطلا**". ويجب هذا يشمل هذا الاعلان علي تكليف المدين الوفاء وبيان المطلوب. ويشترط بداهه ليقطع التنبيه القادم أن يتم صحيحا غير مشوب بما يبطله[1].

٣) الحجز:

يقصد بذلك توقيع الحجز بالاجراءات التى رسمها قانون المرافعات كاجراء من اجراءات التنفيذ الجبرى، وذلك سواء كان حجزاً تنفيذيا أو حجزا تحفظيا وسواء سبقه التنبيه بالوفاء المنصوص عليه فى المادة ٢٨١ مرافعات.

وينقطع التقادم فى كل حال من تاريخ توقيع الحجز ويزول هذا الاثر اذا قضى ببطلان الحجز او بسقوطه او اعتباره كأن لم يكن وبالنسبه الى حجز ما للمدين لدى الغير ينقطع بالحجز تقادم المدين المحجوز من أجله وكذلك الدين الذى فى ذمة المحجوز لديه وبالنسبة الى جميع هذا الدين الاخير وليس فقط فيما يعادل دين الدائن الحاجز[2].

٣) الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسه المدين:

وينقطع التقادم بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسه مدينه، وذلك بتسليم سند دينه الي المحكمه مع بيان بابطاله طبقا للماده ٢٨٨ من القانون التجاري، كما ينقطع أيضا بتقدم الدائن بحقه للاشتراك في توزيع مانتج عن التنفيذ علي مال المدين.

---

(١) قضت محكمه النقض بتاريخ ٣/١٢/١٩٦٤- م نقض م- ١٥- ١١٠٦ بأن "اعلان السند التنفيذي متي تضمن التنبيه بالوفاء يعتبر اجراء قاطعا للتقادم".

(٢) السنهوري الوسيط جـ٣ بند ٦٣١.

(ب) أسباب الانقطاع من جانب المدين:

"اقرار المدين بحق الدائن"

يقصد بالاقرار:

هو تقرير المدين أن الدين باق في ذمته تقريرا ينطوي عليّ نزوله عن الجزء الذي انقضي من مده التقادم، فهو عمل مادي ينطوي علي تصرف قانوني، غير أنه لما كان لايشترط فيه أن ينطوي علي التزول عن الحق نفسه وانما يكفي أن ينطوي علي النزول عن المده التي مضت فإنه تكفي فيه اهليه الاداره دون اشتراط اهليه التصرف ومن ثم يصح صدوره من الصبي المميز فيما يملكه من اعمال الاداره ومن الولي أو الوصي أو القيم ولو بغير اذن المحكمه. والاقرار تصرف من جانب المدين وحده. فيصبح باتا بمجرد صدوره فلا يجوز للمدين العدول عنه وينتج أثره دون حاجه الي قبول الدائن وهو قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا[1].

ولايشترط في الاقرار شكل خاص ويخضع في اثباته للقواعد العامه كما يخضع في تقديره لسلطه قاضي الموضوع ولارقابه عليه لمحكمه النقض[2].

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط جـ٣ بند ٦٣٣- نقض مدني بتاريخ ٧٨/١٢/٢٧ الطعن ١٧٢ لسنه ٤٥ق.

- الاقرار الصريح: لايلزم في الاقرار الصريح شكل خاص، فقد يكون مكتوبا أو غير مكتوبا موجها من المدين الي الدائن أو الي غيره أو غير موجه الي أحد وقد يرد في صوره اتفاق بين المدين والدائن أو الغير أو دون اتفاق.

الاقرار الضمني: وهو يستخلص من أي عمل يقوم به المدين وينطوي علي معني الاقرار كدفعه أحد اقصاط الدين أو فوائده أو تقديمه ضمانا له في صوره رهن أو كفاله أو طلبه مهله للوفاء أو عرض مقاصه فيه.

(٢) نقض مدني في ٦٤/١١/٩ مجموعه النقض س١٥ رقم ١٥٦ ص١٠٥٠- نقض في ٦٥/١١/٣٠ س١٦ رقم ١٨١ ص١١٥٢.

هذا ولما كان الاقرار حجه قاصره علي المقر، ومن ثم فان اقرار بعض الورثه بالدين الثابت في ذمه مورثهم، لايترتب عليه قطع التقادم بالنسبه لمن عداهم[1].

- آثار انقطاع التقادم[2]:

يترتب علي انقطاع التقادم، خلافا للوقف أثران:

الاول: الغاء المده السابقه: فيبدأ احتساب المده من جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب علي سبب الانقطاع، أي أن حق الدائن لايسقط بعد ذلك الا بمضي مده التقادم كامله منذ ذلك الوقت.

الثاني: عدم حساب المده التي بقي فيها سبب الانقطاع قائما.

- فاذا تعدد المدينون المتضامنون وانقطع التقادم بالنسبه لأحدهم، كما لو أقر بالدين مثلا، فليس للدائن أن يتمسك بهذا الانقطاع قبل باقي المدينين (م ٢/٢٩٢ مدني) وعلي العكس اذا قام أحد الدائنين المتضامنين بقطع التقادم استفاد من ذلك باقي الدائنين[3].

والاصل: هو ان تكون مده التقادم الجديد هي مده التقادم الاول كما ذكرنا. فاذا كان التقادم الاول ١٥سنه أو خمس سنوات أو ثلاث سنوات كان التقادم الجديد مماثلا للسابق من حيث طبيعته ومدته علي حسب الاحوال (م ١/٣٨٥).

---

(١) نقض مدني في ٦٢/٦/٧ مجموعه النقض س١٣ رقم ١١٦ ص٧٧٤- نقض مدني في ٦٤/١١/١٩ مجموعه النقض س١٥ رقم ١٥٦ ص١٠٥٠.

(٢) انظر د/ سليمان مرقص فقره ٩١٥ ومابعدها- د/ اسماعيل غانم بند ٢٨٦ ومابعدها د/ السنهوري الوسيط جـ٣ ص١٤٠١ ومابعدها بند ٦٧٥.

(٣) انظر د/ اسماعيل غانم فقره ٢٨٦ ص٤٤٩.

- ولكن يستثني من هذه القاعده حالتان نص عليهما المشرع في الماده ٢/٣٨٥:

بقوله "علي أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوه الامر المقضي أو اذا كان الدين مما يتقدم بسنه واحده وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مده التقادم دوريه متجدده لاتستحق الاداء الا بعد صدور الحكم".

ويتضح لنا من النص السابق أنه:-

١) **اذا كان الحق مما يسقط لسنه واحده وانقطع التقادم باقرار المدين كانت مده التقادم خمس عشره سنه،** وذلك لأن قرينه الوفاء التي يقوم عليها هذا التقادم تسقط بالانقطاع. وكذلك فانه في حاله الديون المتعلقه بأصحاب المهن الحره (م ٣٧٦) والديون التي تتقادم بسنه (م ٣٧٨). أنه اذا حرر سند بحق من هذه[١] الحقوق فلا يتقادم الحق الا بمضي خمس عشره سنه (م ٢/٣٧٩).

٢) **ولايتحقق هذا الحكم الا اذا انقطع التقادم بالحكم أو باقرار المدين.**

ولقد ذهب جانب من الفقه في فرنسا الي تأسيس هذا التغيير في مده التقادم علي فكره التجديد[٢]. ولكن يعيب هذا الرأي أنه أهمل كليه نيه التجديد وهي ضروريه لقيامه لأن التجديد لايفترض ويجب ان يتفق عليه صراحه أو يستخلص بوضوح من ظروف الحال وليس اقرار المدين بالدين مايدل علي انصراف ارادته واراده الدائن الي التجديد[٣].

---

(١) انظر عبد الرازق فرج ص٢٢٨ بند ٢٤٨- د/ اسماعيل غانم ص٤٥٠ بند ٢٨٦.

(٢) لوزان مطول في القانون المدني جـ٢ ٣ فقره ١٦٧. عكس ذلك الفقيه الفرنسي:
planial et ripat opcit n I370.

(٣) انظر د/ عبد الرازق السنهوري فقره ٤٩٧- والفقيه الفرنسي بلاتيول وريد الجزء السابع فقره ١٢٦٥.

الفهرست

رقم الإيداع ٢٠٠٥/١٨٥٥١